

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO - DIR

**PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL: DA
INTERPRETAÇÃO ALARGADA À APLICAÇÃO PONDERADA**

NELSON TONON NETO

FLORIANÓPOLIS - SC
2017

NELSON TONON NETO

**PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL: DA
INTERPRETAÇÃO ALARGADA À APLICAÇÃO PONDERADA**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à banca examinadora da
Universidade Federal de Santa Catarina -
UFSC, como requisito parcial à obtenção
do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Pedro de Menezes
Niebuhr, Dr.

FLORIANÓPOLIS - SC

2017

NELSON TONON NETO

**PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL: DA
INTERPRETAÇÃO ALARGADA À APLICAÇÃO PONDERADA**

Esta monografia foi julgada adequada para a obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Banca Examinadora:

Orientador: Professor Pedro de Menezes Niebuhr, Dr.
Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC

Membro: Mestre Bruno de Andrade Christofoli.
Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC

Membro: Mestre Narbal Antônio de Mendonça Fileti
Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL

Coordenador do Curso: Professor Humberto Pereira Vecchio

Florianópolis, dezembro de 2017

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço à minha família, fonte inesgotável de apoio incondicional e verdadeiro porto seguro em todos os momentos da minha vida. Nominalmente, à minha mãe Ana Leia por me fazer ter certeza de que não haja no mundo mãe melhor que ela; ao meu pai Nelson Tonon Júnior pelo exemplo de ser humano que é e por todos os ensinamentos e valores por ele me passados (que jamais eu poderia ter aprendido na escola ou na Academia); aos meus avós Nelson Tonon, ídolo maior e inspiração em todos os dias de minha existência, e Ilza Ghizoni Tonon, que enquanto esteve conosco fez da minha infância a melhor que eu poderia ter tido; aos meus avós Eunice da Rosa Frederico, menina quase centenária que nunca se cansa de ensinar a viver, e João Luís Frederico, de quem me despedi muito jovem, mas que com muito carinho guardo as valiosas memórias que tenho com ele; a Tia Leca, Tio Rolando e Vó Tetê, que de tanto me estimarem e apoiarem, fazem com que eu nutra por eles verdadeiro e sincero amor filial; ao mestre Secondino Tonon, que em pese ser hoje fisicamente impossível estar em sua companhia, tão profundos foram os ensinamentos passados, que ousou dizer que consigo imaginar com fidedignidade o que ele falaria em cada específica situação.

Muito agradeço também ao meu orientador Pedro Menezes Niebuhr, profundo conhecedor de direito ambiental, inspiração profissional, professor vocacionado, que tamanha foi a orientação e o auxílio prestado, que tem inclusive mais méritos do que eu na concepção deste trabalho.

Agradeço ainda aos membros da banca Bruno de Andrade Christofoli, verdadeiro mestre e amigo, a quem serei eternamente grato por tudo que me ensinou enquanto tive a oportunidade de ser seu estagiário; e Narbal Antônio de Mendonça Fileti, meu conterrâneo tubaronense, a mim um grande exemplo enquanto pessoa e profissional.

Rendo agradecimentos a Fabiano Schutz Ferraro, Defensor Público da União, que muito bem me recepcionou, orientou e ensinou naquela que foi a primeira experiência profissional da minha vida.

Agradeço à Michelle Gomes Hugill, inspiração e exemplo de dedicação e competência, com quem tive o prazer de conviver enquanto estagiei no Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Imensamente agradeço à equipe do escritório Saes Advogados, que muito mais que uma “unidade concedente de estágio”, representa minha família fora de Tubarão.

Nominalmente, a Marcos André Bruxel Saes, minha maior inspiração e exemplo como profissional, advogado e líder nato, exemplo de ética e hombridade, que, além de direito, ensinou-me valores, que levarei comigo para sempre, seja na advocacia ou em momentos da vida pessoal; à Beatriz Campos Kowalski, grande amiga, dona de um imenso coração e de inigualável inteligência e competência, a quem tenho muita honra e orgulho de chamar de minha madrinha na advocacia e muita gratidão por tudo que já me ensinou e a cada dia me ensina; à Manuela Kuhnen Hermenegildo Andriani, pessoa e profissional inspiradora, com quem tenho genuína amizade e que representa um enorme exemplo de dedicação e competência para mim; à Gleyse Gulin, inspiradora advogada, que mesmo à distância, morando e atuando no Rio de Janeiro, muito pôde me ensinar. Ainda, rendo agradecimentos pelos ensinamentos, vivências no escritório e pela amizade de Gabriela Cantisano Romero, Alexandre Couto, Miguel Franco Frohlich, Pedro Henrique May, Flaviani Teixeira, Maria Helena Lemos, Daiana Mendes, Alexandra Machado e Hamilton Zardo Neto.

Por fim, agradeço a todos os meus amigos, tanto os conhecidos em minha infância e adolescência em Tubarão, quanto os conhecidos em Florianópolis, por todo o companheirismo e pelos diversos momentos vividos juntos, seja em minha trajetória acadêmica ou fora dela. Nominalmente, sem prejuízo de tantos outros, faço honrosa menção a Lucas Souza Rodrigues, Gabriel Nessler Vizzotto, Ricardo Bortolotto, Vanessa Alves Antunes, Amanda Larroyd, Ana Clara de Sá Prudêncio, Vinicius Oliveira, Davi Reis de Oliveira, Gabriel Nicoladelli, Dionata Souza, Yves Gabriel de Souza Roussenq, Gustavo Kuerten Limaco Botega, Raul Vianna de Oliveira, Gabriel de Freitas Nunes, Fabio Luiz Domingos, Guilherme Bianchini, Halen D'Aquino, Matheus Ferreira Inácio e membros do Grupo BET.

“Os limites só existem se você os deixar existir.”

Son Goku

*“O homem quer dominar o mundo, mas não
domina o universo de sua mente.”*

Mário Caporal

RESUMO

NETO, Nelson Tonon. *Princípio da proibição do retrocesso ambiental: da interpretação alargada à aplicação ponderada*. 2017. X f. Monografia (graduação) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas/CCJ, Curso de Graduação em Direito, Florianópolis, 2017.

O princípio da proibição do retrocesso ambiental consiste em tema de cada vez maior relevância no direito ambiental brasileiro. Originário de sua vertente social, aplicável aos direitos sociais em geral, o também chamado de princípio da vedação ao retrocesso ecológico tem gerado muitas controvérsias, sendo a aplicação em solo pátrio marcada por significativas oscilações interpretativas. A proposta deste trabalho, mediante método dedutivo, é justamente sistematizar os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito do princípio, de modo a - de forma inovadora em termos acadêmicos - propor uma divisão entre o que aqui se batizou de “acepção alargada” e “acepção ponderada” do princípio da vedação ao retrocesso ambiental. A chamada acepção alargada é fomentada por doutrinadores e decisões judiciais que aplicam o princípio para inadmitir qualquer alteração legislativa em matéria ambiental que teoricamente seja menos protetiva ao meio ambiente. Já a acepção ponderada, que ao cabo é a defendida neste trabalho, consiste naquela em que o princípio da vedação ao retrocesso ecológico é aplicável somente se tiver o condão de aviltar o núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de modo a criar verdadeiro vazio legislativo em matéria que antes da modificação legiferante se tinha a devida e fundamental proteção. Além disso, compõe o escopo desta monografia a análise da (in)constitucionalidade da Lei Federal n. 12.651/2012 (Novo Código Florestal), que é atualmente averiguada pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito das Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 4901, 4902, 4903 e 4937 e Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 42.

Palavras Chave: Princípio da proibição do retrocesso ambiental; Princípio da proibição do retrocesso social; Novo Código Florestal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO: DO SOCIAL AO ECOLÓGICO	12
2 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL.....	26
2.1 FUNDAMENTOS DOUTRINÁRIOS E NORMATIVOS PARA A EXISTÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL	28
2.2 NECESSÁRIA DIFERENCIAÇÃO: AS ACEPÇÕES ALARGADA E PONDERADA DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL.....	31
2.3 ACEPÇÃO ALARGADA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO: ARCABOUÇO DOUTRINÁRIO E APORTE JURISPRUDENCIAL	32
2.3.1 Problemas e incongruências decorrentes da aplicação do princípio em sua acepção alargada	37
2.4 FUNDAMENTOS DE UMA RAZOÁVEL E ADEQUADA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL NO DIREITO BRASILEIRO: ACEPÇÃO PONDERADA	48
3 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL E A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL	58
3.1 HARMONIA ENTRE A ACEPÇÃO PONDERADA DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL E O NOVO CÓDIGO FLORESTAL.....	62
3.1.1 Novo Código Florestal como mantenedor do núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado	62
3.1.2 Inexistência de vazio legislativo: Novo Código Florestal enquanto política substitutiva ou equivalente	65
3.2 CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO VOTO DO RELATOR MINISTRO LUIZ FUX NO BOJO DO JULGAMENTO DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE EM FACE DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL	68
CONCLUSÃO.....	72
REFERÊNCIAS	74

INTRODUÇÃO

O princípio da proibição do retrocesso é assunto de extrema relevância no que concerne ao direito ambiental. Sua aplicação, que ainda carece de consolidação teórica, dadas as variantes interpretativas da doutrina e da jurisprudência, dá-se em diversos âmbitos, como no campo legislativo, na esfera judiciária e mesmo em processos administrativos de licenciamento ambiental.

Reveste-se de ainda mais relevância o princípio pelo fato de ser basilar fundamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 4901, 4902, 4903, 4937 e Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 42, que tramitam no Supremo Tribunal Federal e discutem a (in)constitucionalidade do Novo Código Florestal (Lei n. 12.651/2012). É certo que, após o definitivo julgamento da Suprema Corte a respeito da matéria, a interpretação por ela adotada deverá servir de parâmetro para as futuras aplicações do princípio no direito brasileiro.

Em linhas gerais, o comando, como seu próprio nome diz, volta-se a “não retroceder” quando o assunto é preservação do meio ambiente, a fim de fazer valer o direito constitucional fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, justificativa sob a qual, malgrado louvável, não podem os intérpretes e aplicadores do princípio ignorarem as possíveis consequências pragmáticas da consolidação de uma interpretação equivocada do brocardo.

O direito ambiental talvez represente a área da ciência jurídica que mais desperta paixões e emoções de seus estudiosos, denotando, justamente por isso, muito cuidado para que leis e decisões envolvendo a matéria ambiental não sejam proferidas de forma parcial e ideológica, tornando-se assim, distante da realidade e da racionalidade.

O intuito deste trabalho é, nesse contexto, mediante a utilização de método dedutivo, despir-se da paixão e da efervescência que envolvem o tema e, analisando a questão de forma jurídica e pragmática, levando em conta o que dispõem legislação, doutrina e jurisprudência acerca da matéria, contribuir com a tão importante discussão centrada no princípio da proibição do retrocesso ambiental.

Nesse sentido, o problema objeto desta monografia será o seguinte “Quais são as correntes interpretativas acerca do princípio da proibição do retrocesso ambiental no ordenamento brasileiro?”.

Como hipótese, ter-se-á a existência de duas preponderantes correntes a respeito da aplicação do princípio da proibição do retrocesso ambiental no direito brasileiro, sendo que, em linhas gerais, uma inadmite qualquer alteração menos protetiva da legislação ambiental e a

outra avalia se, no caso concreto, o núcleo do direito objeto de proteção ainda merece tratamento adequado pela legislação superveniente.

Assim, no Capítulo I se fará uma digressão histórica, abordando a evolução do princípio da proibição do retrocesso social e sua posterior consagração na seara ambiental.

Já no Capítulo II, propor-se-á a sistematização dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito do brocardo nas duas correntes preponderantes identificadas, batizadas - de maneira inaugural na doutrina pátria – de acepção “alargada” e acepção “ponderada”. Junto à sistematização, buscar-se-á concluir se alguma das acepções é razoável e adequada, e, em caso positivo, qual delas.

A chamada acepção alargada é fomentada por doutrinadores e decisões judiciais que aplicam o princípio para inadmitir qualquer alteração legislativa em matéria ambiental que teoricamente seja menos protetiva ao meio ambiente.

Em outro espectro, a acepção ponderada, consiste naquela em que o princípio da vedação ao retrocesso ecológico é aplicável somente se tiver o condão de aviltar o núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de modo a criar verdadeiro vazio legislativo em matéria que antes da modificação legiferante se tinha a devida e fundamental proteção.

Ademais, após traçados os contornos e peculiaridades das acepções alargada e ponderada do princípio da proibição do retrocesso ambiental, passar-se-á, no Capítulo II, a analisar propriamente a (in)constitucionalidade do Novo Código Florestal, notadamente no que tange à harmonia - ou não - do novo regramento em relação ao comando de “não retrocesso” que deve ser extraído do princípio ora estudado.

Enfim, espera-se sinceramente que este trabalho contribua de forma efetiva para as discussões atualmente travadas envolvendo o princípio. A importância do tema é inegável e sua relevância perpassa áreas que vão além da Academia, Poder Judiciário e do Poder Legislativo, alcançando a “ordem prática” do direito ambiental, que abarca todos os empreendedores que desenvolvem projetos potencialmente poluidores e órgãos ambientais que conduzem processos administrativos de licenciamento ambiental.

1 O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO: DO SOCIAL AO ECOLÓGICO

De início, cumpre destacar que não há como se fazer um trabalho *de fôlego* a respeito do chamado princípio da proibição do retrocesso ambiental¹ sem tratar das origens do princípio da proibição do retrocesso em si.

Isto é, o comando de “não retrocesso”, explicitado em um entendimento que de tão robusto na doutrina internacional ganhou o *status* e a nomenclatura de princípio, não teve sua égide no direito ambiental, mas sim no âmbito dos direitos sociais.

Com efeito, em suas origens, o princípio da proibição do retrocesso limitava-se à proteção dos direitos fundamentais de caráter social, evitando fossem desconstituídas conquistas já alcançadas pelo cidadão. Nesse espectro, o princípio possui íntima relação com os direitos prestacionais, ou seja, com a categoria dos direitos que dependem de uma ação positiva por parte do Estado para se concretizarem, como o direito à educação, à saúde ou à segurança pública.

De acordo com José Joaquim Gomes Canotilho², um dos principais autores em língua portuguesa que se dedicam ao estudo do tema, o chamado princípio da proibição do retrocesso social pode ser sintetizado da seguinte maneira:

(...) o núcleo essencial dos direitos já realizado e efectivado através de medidas legislativas ('lei da segurança social', lei do subsídio de desemprego', 'lei do serviço de saúde') deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura a simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.

Em síntese, o princípio estabelece que não é possível a edição de uma norma que preveja um retrocesso, uma diminuição, no grau de implementação e concretização de determinados direitos fundamentais já alcançado pela lei revogada, sem que sejam aprovadas

¹ Também nomeado de princípio da vedação ao retrocesso ecológico, princípio do não retrocesso ambiental, dentre outras variantes. Neste trabalho, optou-se por tratar o brocardo especialmente como “princípio da proibição ao retrocesso ambiental”, entretanto suas nomenclaturas sinônimas também serão utilizadas no decorrer do texto - até mesmo para não cansar o leitor com repetitivos cognatos.

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 320-321.

normas ou políticas públicas, substitutivas ou compensatórias, que continuem assegurando proteção pelo menos ao núcleo essencial do direito fundamental envolvido.

Esse princípio é fruto de uma construção doutrinária estrangeira associada à crise do Estado de bem-estar social. Sua origem remonta à Alemanha da década de 1970, período de dificuldade econômica em que se discutiu a possibilidade de restrição e/ou supressão de benefícios sociais que até então eram assegurados aos cidadãos. Em razão de a Lei Fundamental alemã não garantir os direitos sociais, parte da doutrina passou a defender a inconstitucionalidade da edição de normas que reduzissem o nível de concretização desses direitos por violação ao princípio da proibição do retrocesso social.

Nesse sentido, a égide da proibição do retrocesso social se deu em um período de crise do estado prestacional alemão. Era um tempo em que a sociedade (e os doutrinadores e magistrados, por consequência) preocupava-se com eventuais alterações legislativas que, motivadas pela recessão financeira instaurada à época, poderiam ter o condão de extinguir direitos sociais imprescindíveis aos cidadãos.

É muito importante expor que a preocupação dos alemães era especialmente pertinente porque a Constituição da República Federal da Alemanha de 1949 (Lei Fundamental de Bonn), ainda hoje em vigor, não insculpe em seu texto direitos de ordem social assim como, por exemplo, faz a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Então, em tese, de fato estariam os legisladores germânicos constitucionalmente autorizados a introduzirem alterações legislativas que extinguissem direitos sociais, porquanto previstos e regulados por legislação ordinária infraconstitucional.

Sobre o contexto do surgimento do princípio da proibição ao retrocesso social, Felipe Derbli³, fazendo referência a escritos de Ingo Sarlet⁴, leciona que:

De uma forma geral, o tema do princípio da proibição do retrocesso social na Alemanha esteve mais associado à crise do Estado-Providência, em especial no que concerne à proteção das posições jurídicas dos cidadãos em face da tensão entre a decrescente capacidade prestacional do Estado e da sociedade e o aumento da demanda por prestações sociais. (...) Cumpria investigar se, em termos

³ DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 139-140.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. In *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, vol. V - *Direito Constitucional*: 131-150. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2000, p. 132.

constitucionais, haveria garantia de preservação dos direitos sociais prestacionais dos cidadãos, como ela se faria presente e qual seria o seu alcance.

Além da Alemanha, no século passado outros países europeus deram coro ao brocardo da proibição do retrocesso, encampando suas premissas nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial.

Em Portugal, por exemplo, o catedrático José Joaquim Gomes Canotilho despontou como um dos mais relevantes teóricos sobre o tema. Ainda no ano de 1986 leciona o mestre lusitano o seguinte:

O princípio da democracia econômica e social institucionaliza uma proibição de retrocesso social.

A ideia aqui expressa também tem sido designada como “proibição de contra-revolução social”. Com isto quer-se dizer que os direitos sociais e económicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação, etc.), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. Desta forma, e independentemente do problema “fáctico” da irreversibilidade das conquistas sociais, o princípio da democracia social e económica fundamenta uma pretensão imediata dos cidadãos contra as entidades públicas sempre que o grau de realização dos seus direitos económicos e sociais for afectado em seu sentido negativo, e estabelece uma proibição de “evolução reaccionária” (*Rückschrittsverbot*) dirigida aos órgãos do Estado. Esta proibição justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras das chamadas “conquistas sociais” (...) ⁵.

Na jurisprudência portuguesa o *leading case* envolvendo o princípio da proibição do retrocesso consiste no Acórdão n. 39/1984 do Tribunal Constitucional lusitano, que, por maioria, declarou a inconstitucionalidade do art. 17 do Decreto-lei n. 254/1982. O referido dispositivo havia revogado artigos da Lei n. 56/1979, que dispunha sobre o Serviço Nacional de Saúde (SNS).

O Presidente da República português, que foi quem apresentou requerimento pugnando pela declaração de inconstitucionalidade do artigo em comento, sustentava que as supressões realizadas na Lei de regência do Serviço Nacional de Saúde lusitano decorrentes do advento do art. 17 do Decreto-lei n. 254/1982 eram tamanhas que, em verdade, desmantelariam por completo o SNS. É que os artigos revogados da Lei n. 56/1979 tratavam

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 1986, p. 393.

de matérias basilares, como o financiamento das atividades do Serviço e de sua organização e funcionamento⁶.

De todo modo, é de se destacar que o argumento da proibição do retrocesso não partiu do requerente da declaração de inconstitucionalidade, mas sim do Relator do Acórdão n. 39/1984, Conselheiro Vital Moreira⁷. Nesse sentido, é bastante relevante trazer à tona excertos do voto apresentado pelo Relator:

A Constituição não se bastou com estabelecer o direito à saúde. Avançou no sentido de enunciar um conjunto de tarefas estaduais destinadas a realizá-lo. À frente delas a lei fundamental colocou a “criação de um serviço nacional de saúde” (artigo 64º, nº 2)

A criação de um serviço nacional de saúde é pois instrumento - o primeiro - de realização do direito à saúde. Constitui por isso elemento integrante de um direito fundamental dos cidadãos, e uma obrigação do Estado.

(...) Quando a tarefa constitucional consiste na criação de um determinado serviço público (como acontece com o Serviço Nacional de Saúde) e ele seja efectivamente criado, então a sua existência passa a gozar de proteção constitucional, já que a sua abolição implicaria um atentado a uma garantia institucional de um direito fundamental, e, logo, um atentado ao próprio direito fundamental. A abolição do Serviço Nacional de Saúde não significa apenas repor uma situação de incumprimento, por parte do Estado, de uma concreta tarefa constitucional; uma vez que isso se traduz na revogação da execução dada a um direito fundamental, esse acto do Estado implica uma ofensa ao próprio direito fundamental.

(...) As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados. (...)

Impõe-se a conclusão: após ter emanado uma lei requerida pela Constituição para realizar um direito fundamental, é interdito ao legislador revogar essa lei, repondo o estado de coisas anterior. A instituição, serviço ou instituto jurídico por ela criados passam a ter a sua existência constitucionalmente garantida. Uma nova lei pode vir a

⁶ DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 146.

⁷ DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 147.

alterá-los ou reformá-los nos limites constitucionalmente admitidos; mas não pode vir extingui-los ou revogá-los.⁸

Ou seja, o *leading case* da aplicação do princípio da proibição do retrocesso em Portugal é bastante claro ao atrelar fortemente o brocardo ao texto constitucional, o que é digno de elogios⁹. Então, o que se denota de sua égide em terras lusitanas é que o princípio somente é aplicado quando a inovação legislativa (no caso, artigo 17 do Decreto-lei n. 254/1982) mais do que representar um retrocesso social, subtrai do ordenamento dispositivos concretizadores de comandos constitucionais (*in casu*, o comando de proteção ao direito fundamental à saúde).

Assim, o controle de constitucionalidade foi realizado estritamente com base no texto constitucional, sendo considerado que o referido artigo 17 ia de encontro ao direito fundamental à saúde previsto na Magna Carta portuguesa, porquanto o Serviço Nacional de Saúde - que seria possivelmente aniquilado com a inovação legislativa - representava, na realidade da época, condição sem a qual não teriam os lusitanos a adequada tutela ao fundamental direito à saúde.

Com efeito, outro país em que eclodiu o princípio da vedação ao retrocesso foi a Itália. Por lá, muito se destacou o constitucionalista Giorgio Balladore Pallieri.

O entendimento do teórico italiano vai ao encontro dos contornos do princípio que foram concebidos em Portugal. É tanta a consonância que as lições de Pallieri chegaram a ser transcritas no acórdão que representou o *leading case* do brocardo em terras portuguesas, ao qual já se fez referência.

Em sua classificação das normas constitucionais, Balladore Pallieri discorre sobre duas classes específicas que muito se assemelham ao que no Brasil se convencionou chamar de normas de eficácia *contida*, e normas de eficácia *limitada*¹⁰.

A saber, as normas constitucionais de eficácia contida são, de acordo com Michel Temer¹¹, “*aquelas que têm aplicabilidade imediata, integral, plena, mas que podem ter reduzido seu alcance pela atividade do legislador infraconstitucional*”. Isto é, são normas que

⁸ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n. 39/84. *Acórdãos do Tribunal Constitucional*. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 3. volume, 1984, p. 95-131.

⁹ Afirmar que o controle de constitucionalidade deve ser feito estritamente com base em normas com *status* constitucional parece - e é - de todo elementar. Porém, conforme se demonstra em especial no Capítulo 2 deste trabalho, há julgados que tratam de matéria ambiental no Brasil que, em análise pragmática, realizaram controle de constitucionalidade com fulcro tão somente no princípio da proibição do retrocesso, prescindindo o devido cotejo com o texto constitucional.

¹⁰ DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 163.

¹¹ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 14. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 24.

traduzem comandos evidentes e precisos, mas que pode o legislador dar contornos à sua eficácia e aplicabilidade.

É o caso, por exemplo, do art. 5º, inciso XIII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o qual dispõe que “*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*”. É que neste dispositivo há o comando de “ser livre o exercício de qualquer trabalho”, mas também se preceitua que devem ser atendidas “as devidas qualificações profissionais estabelecidas em lei”. A título exemplificativo, menciona-se a profissão de advogado, que só pode ser exercida mediante o atendimento à exigência legal, qual seja, a aprovação no Exame de Ordem, nos termos da Lei Federal n. 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e da OAB).

Em outro espectro, normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que necessitam necessariamente da edição de outro ato normativo (lei infraconstitucional, emenda constitucional) para que seus efeitos sejam emanados de forma integral e efetiva. O eminente José Afonso da Silva divide esta espécie de norma constitucional em dois significativos grupos: (i) as normas de princípio institutivo; e (ii) as normas de princípio programático.

Nesse sentido, “*são, pois normas constitucionais de princípio institutivo aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei*”¹². De outra banda, sendo estas as que interessam ao estudo desenvolvido neste trabalho, normas programáticas são aquelas:

(...) através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, *visando à realização dos fins sociais do Estado*. (grifou-se)¹³

Como exemplo de norma de princípio programático na Constituição da República de 1988 pode-se citar o art. 196, o qual prescreve que “*a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*”. Em que pese a Carta Magna estabelecer o direito

¹² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 126.

¹³ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 138.

fundamental de todos à saúde, também prevê que sua garantia se dará por meio de políticas sociais e econômicas. Isto é, a eficácia do direito à saúde é atrelada à existência de tais políticas. Logo, configura-se o caráter programático desse dispositivo constitucional.

O jurista Balladore Pallieri, ao tratar das normas constitucionais italianas que se concebidas no Brasil seriam aquelas que chamamos de programáticas aduz que uma vez editada legislação ordinária com o condão de dar concretude e efetividade a esses tipos de normas constitucionais (de princípio programático), uma alteração legislativa que extraísse tal regramento do ordenamento jurídico seria inconstitucional. Defende o constitucionalista italiano que, nesses casos, “*uma vez dada execução à norma constitucional, o legislador ordinário não pode regressar sobre seus passos*”¹⁴. São sob essas premissas que é concebido o princípio da proibição do retrocesso social na Itália.

Portanto, é digno de nota que, assim como em Portugal, também em terras italianas o brocardo da vedação ao retrocesso foi assentado em estreita relação com o texto constitucional, podendo então ser evocado apenas se a alteração ou modificação legislativa tiver suprimido ato normativo que dava efetividade a comando constitucional de cunho programático.

Traçado breve histórico da égide do princípio da proibição do retrocesso social no velho continente, passa-se a analisar como - e por meio de quais autores - o brocardo despontou no pensamento jurídico brasileiro.

Possivelmente deve ser creditado ao catedrático professor José Afonso da Silva o pioneirismo em relação ao exame do assunto no Brasil. Calcado nas lições do já citado Giorgio Balladore Pallieri, o ilustre constitucionalista de São Paulo explicita em seus escritos que o comando de vedação ao retrocesso refere-se à impossibilidade de *se voltar atrás* quanto à edição de atos normativos que dão efetividade à norma constitucional de princípio programático¹⁵.

Em consonância com o pensamento de José Afonso da Silva, o eminente ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso dispõe que:

Merece registro, ainda, neste capítulo dedicado à garantia dos direitos, uma ideia que começa a ganhar curso na doutrina constitucional brasileira: a vedação do

¹⁴ PALLIERI, Giorgio Pallieri. *Diritto Costituzionale*. 7. edição. Milano: Dott. A. Giuffrè - Editore, 1963, p. 332. Tradução livre do italiano (*una volta data esecuzione alla norma costituzionale, il legislatore ordinario non può ritornare sui suoi passi*).

¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 165 apud DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 168.

retrocesso. Por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido.

Nessa ordem de ideias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou uma garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição. O que se veda é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançada a partir de sua regulamentação. Assim, por exemplo, se o legislador infraconstitucional deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito que dependia de sua intermediação, não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior¹⁶.

Outro jurista de inequívoca relevância no Brasil que tratou do tema foi Lenio Streck, segundo o qual:

(...) naquilo que se entende por Estado Democrático de Direito, o Judiciário, através do controle da constitucionalidade das leis, pode servir como via de resistência às investidas dos Poderes Executivo e Legislativo, que representem retrocesso social ou a ineficácia dos direitos individuais ou sociais (também aqui se pode ser usado o princípio da proibição de proteção insuficiente - a *Untermassverbot*). Dito de outro modo, a Constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro. Tem, igualmente, a relevante função de proteger os direitos já conquistados. Desse modo, mediante a utilização da principiologia constitucional (explícita ou implícita), é possível combater alterações feitas por maiorias políticas eventuais, que, legislando na contramão da programaticidade constitucional, retiram (ou tentam retirar) conquistas da sociedade. (...) ¹⁷

É de se destacar que tanto Luís Roberto Barroso quanto Lenio Streck, na mesma linha de José Afonso da Silva, aduzem que o reflexo da aplicação do princípio da proibição do retrocesso é, ao cabo, a coibição de que sejam realizadas alterações legislativas com o condão de suprimir atos normativos que dão eficácia a normas constitucionais programáticas e garantidoras de direitos sociais.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 150.

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 49.

Outro autor que não se pode deixar de mencionar quanto o assunto é proibição do retrocesso consiste no ilustre desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul Ingo Wolfgang Sarlet.

Conforme expõe Felipe Derbli em sua exímia obra sobre o brocardo da vedação ao retrocesso social¹⁸, o professor Ingo Sarlet entende que o princípio não se aplica somente no tange aos direitos sociais, mas que sua incidência estende-se a todos os direitos fundamentais (mesmo que a maior repercussão seja mesmo quanto aos propósitos constitucionais de justiça social)¹⁹. Nos escritos de Derbli, os argumentos de Sarlet para justificar a implícita decorrência do princípio do ordenamento constitucional brasileiro são os seguintes:

- a) o princípio do Estado Democrático e Social de Direito impõe um nível mínimo de segurança jurídica, a que necessariamente subjaz a proteção da confiança e a manutenção de um patamar mínimo de segurança contra medidas retroativas e atos retrocessivos em geral;
- b) deriva do princípio da dignidade da pessoa humana que, ao mesmo tempo em que se exigem medidas positivas do Estado em favor dos particulares (que se apresentam primordialmente através dos direitos fundamentais sociais), sejam, em sua perspectiva negativa, inviáveis as medidas que se situem abaixo desse nível mínimo;
- c) o princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da Constituição) também estatui a maximização da proteção desses direitos fundamentais - logo, a otimização da eficácia e da efetividade do direito à segurança jurídica envolverá também a proteção contra medidas de cunho retrocessivo;
- d) as normas constitucionais expressamente dedicadas à proteção contra a retroatividade (entre as quais se inclui a salvaguarda do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito) são insuficientes para alcançar todas as situações que integram uma noção mais ampla de segurança jurídica;
- e) o princípio da proteção da confiança, como elemento nuclear do Estado de Direito, demanda do Poder Público o respeito à confiança depositada pelos indivíduos num certo grau de estabilidade e continuidade da ordem jurídica como um todo e das relações jurídicas especificamente consideradas;

¹⁸ DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 179-180.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. In ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (org.). *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 101.

f) o Estado, como corolário da segurança jurídica e da proteção da confiança, vincula-se não apenas às imposições constitucionais, mas também se sujeita a uma certa autovinculação aos atos posteriores, seja no que concerne aos órgãos legislativos, como também aos executivos e jurisdicionais;

g) negar a existência do princípio da proibição de retrocesso significaria dizer que o legislador possuiria uma tal liberdade de atuação que se lhe admitiria até mesmo decidir em flagrante contrariedade à vontade do Poder Constituinte, apesar de sua inquestionável vinculação às normas constitucionais e, em especial, aos direitos fundamentais, frustrando-se a efetividade da Constituição.²⁰

Como se vê, Ingo Sarlet desenvolve elogioso caminho hermenêutico e argumentativo para, em resumo, constatar que a existência do princípio da proibição do retrocesso representa um *imperativo negativo* ao legislador ordinário, que o adstringe à vontade do Poder Constituinte em relação à garantia e efetivação dos direitos fundamentais. Tal conclusão fica explícita no argumento “g” transcrito acima.

De mais a mais, é bastante relevante expor que, conforme as palavras de Derbli expostas em sua icônica obra a respeito do brocardo²¹, Sarlet admite que “*a proibição de retrocesso não pode ser tida como absoluta, sob pena de ocasionar a transmutação das normas infraconstitucionais em direito constitucional e, com isso, inviabilizar o desenvolvimento deste*”²². Tal ponderação é de todo louvável, pois conforme se demonstrará no Capítulo II deste trabalho quando se tratar das, ao nosso sentir, equivocadas aplicações da vedação ao retrocesso em matéria ambiental que vem ocorrendo no Brasil, o que de fato se está a fazer muitas vezes é controle de constitucionalidade calcado tão somente na contraposição entre atos normativos infraconstitucionais, prescindindo-se por completo o texto da Magna Carta.

Ainda na seara doutrinária, cumpre fazer menção ao que aduz o prestigiado magistrado e professor Narbal Antônio Mendonça Fileti, que assim define o conteúdo do brocardo da vedação ao retrocesso:

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. In ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (org.). *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 113-115.

²¹ DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 181.

²² DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 181.

O conteúdo do princípio da proibição de retrocesso social está centrado na possibilidade de reconhecimento do grau de vinculação do legislador aos ditames constitucionais relativos aos direitos sociais, significando que, como já afiançado anteriormente, uma vez alcançado determinado grau de concretização de uma norma constitucional definidora de direito social - aquela que descreve uma conduta, omissiva ou comissiva, a ser seguida pelo Estado e por particulares - , fica o legislador proibido de suprimir ou reduzir essa concretização sem a criação de mecanismo equivalente ou substituto.²³

Já no âmbito jurisprudencial, atribui-se ao à época ministro do Supremo Tribunal Federal Sepúlveda Pertence o vanguardismo de referenciar o princípio da proibição do retrocesso em uma manifestação judicial no Brasil.

O ilustre jurista mineiro foi relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.065-DF, por meio da qual se postulava a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos normativos que alteravam a legislação de modo a extinguir o Conselho Nacional da Seguridade Social e os Conselhos estaduais e municipais da Previdência Social. O então ministro Sepúlveda Pertence, apesar de vencido em apertada votação²⁴, sustentou que, ao seu entender, seria o caso de aplicação do brocardo. O notável magistrado federal Sérgio Renato Tejada Garcia discorre de forma precisa sobre o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.065/DF:

A ADI nº 2.065/DF não foi conhecida por decisão da maioria, vencido o Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, que entendeu que merecia aplicação o princípio da vedação de retrocesso social em relação à Medida Provisória nº 1.911-8, que extinguiu órgãos de deliberação colegiada, revogando dispositivos das Leis n. 8.212 e 8.213/91, que dispunham sobre o caráter democrático da gestão da Seguridade Social. O Relator, acompanhado pelos Ministros Marco Aurélio, Néri da Silveira e Carlos Velloso, pretendeu assegurar eficácia negativa mínima às normas programáticas, tendo afirmado: “Inconstitucional é exatamente gerar omissão inconstitucional que já não existia”.²⁵

²³ FILETI, Narbal Antônio Mendonça. *A fundamentabilidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social*. Florianópolis: Conceito, 2009, p. 178.

²⁴ A maioria entendeu pelo não conhecimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade sob o argumento de que o ato normativo impugnado era de natureza secundária e não regulava diretamente dispositivos constitucionais. Isto é, na visão da maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal tratava-se apenas de violação indireta ao texto constitucional, o que não autorizaria a aferição abstrata de controle constitucional.

²⁵ GARCIA, Sérgio Renato Tejada. O princípio da vedação de retrocesso na jurisprudência pátria - análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Regionais Federais e da Turma Nacional de

É relevante expor também, em literal, trecho do referido voto de lavra de Sepúlveda Pertence:

(...) quando, já vigente a Constituição, se editou norma integrativa necessária à plenitude da eficácia, pode subseqüentemente o legislador, no âmbito de sua liberdade de conformação, ditar outra disciplina legal igualmente integrativa do preceito constitucional programático ou de eficácia limitada; mas não pode retroceder – sem violar a Constituição – ao momento anterior de paralisia de sua efetividade pela ausência da complementação legislativa ordinária reclamada para implementação efetiva de uma norma constitucional. (...) Com o admitir, em tese, a inconstitucionalidade da regra legal que a revogue, não se pretende emprestar hierarquia constitucional à primeira lei integradora do preceito da Constituição, de eficácia limitada. Pode, é óbvio, o legislador substituí-la por outra, de igual função complementadora da Lei Fundamental; o que não pode é substituir a regulação integradora precedente – pré ou pós constitucional – pelo retorno ao vazio normativo que faria retroceder a regra incompleta da Constituição à sua quase completa impotência originária.²⁶ (grifou-se)

Desde o início do encampamento do princípio da proibição do retrocesso pela doutrina e jurisprudência, bastante se ampliou seu espectro de aplicação e também muito se alargou sua interpretação. Porém, as críticas à concepção do brocardo não serão abordadas neste momento, pois consistem justamente em um dos temas fulcrais do Capítulo II deste trabalho. Quanto ao ampliamiento da área de aplicação do princípio, destaca-se a extensão da vedação ao retrocesso a todos os direitos fundamentais, indo-se além, portanto, da seara dos direitos de cunho social.

Nesse contexto, parte da doutrina passou a entender que, ao elevar-se à categoria de direito fundamental, a garantia a um meio ambiente ecologicamente equilibrado prevista no art. 225 da Constituição da República de 1988 igualmente poderia ser sujeita à proibição do retrocesso. Tamanho foi o enfoque dado pelos juristas pátrios que o então batizado de “princípio da proibição ao retrocesso ambiental”, “vedação ao retrocesso ecológico”, dentre outras variantes, foi por muitos incluído dentre o rol de princípios do direito ambiental.

Uniformização. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 36, jun. 2010. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao036/sergio_tejada.html> Acesso em: 11 out. 2017.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2065-0/DF*. Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375320>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

Com efeito, para o reconhecido autor francês Michel Prieur²⁷ haveria uma

(...) obrigação positiva para os Estados, particularmente em matéria ambiental. Deste modo, a não regressão a despeito de sua aparente obrigação negativa conduz a uma obrigação positiva aplicada a uma norma fundamental. Distintos textos internacionais dos direitos humanos evidenciam a característica progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais, os quais estão normalmente ligados ao Direito Ambiental. Deduz-se facilmente desta progressividade uma obrigação de não regressão ou não retrocesso.

No Brasil, despontam como alguns dos mais relevantes defensores da extensão da vedação do retrocesso à matéria ambiental os autores Antonio Herman Benjamin²⁸, Ingo Wolfgang Sarlet²⁹, Tiago Fensterseifer³⁰, Patrick de Araújo Ayala³¹, Carlos Alberto Molinaro³² e Romeu Thomé³³, cujos argumentos serão propriamente abordados no Capítulo II deste trabalho.

Na jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça começa a consolidar, paulatinamente, o princípio da vedação do retrocesso ambiental no ordenamento jurídico, tomando-o como princípio geral do direito ambiental:

(...) 11. O exercício do *ius variandi*, para flexibilizar restrições urbanístico-ambientais contratuais, haverá de respeitar o ato jurídico perfeito e o licenciamento do empreendimento, pressuposto geral que, no Direito Urbanístico, como no Direito Ambiental, é decorrência da crescente escassez de espaços verdes e dilapidação da

²⁷ PRIEUR, Michel. O princípio da “não regressão” no coração do direito do homem e do meio ambiente. Tradução: Liton Lanes Pilau Sobrinho e Marcos Vinicius Viana da Silva. In: Ch. Cournil et Cath. Fabregoule ed. *Changements environnementaux globaux et droits de l'homme*, CERAP et Iris, Université Paris 13, 2012. Disponível em <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/3634/2177>. Acesso em: 06 ago. 2017.

²⁸ BENJAMIN, Antonio Herman. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: *Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental*. Brasília: Senado Federal; Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, 2012, p. 121-206.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (socio) ambiental. In: *Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental*. Brasília: Senado Federal; Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, 2012, p. 121-206.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (socio) ambiental. In: *Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental*. Brasília: Senado Federal; Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, 2012, p. 121-206.

³¹ AYALA, Patrick de Araújo. Direito fundamental ao meio ambiente e a proibição de regresso nos níveis de proteção ambiental na Constituição brasileira. In: *Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental*; Brasília: Senado Federal; Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, 2012, p. 207-246.

³² MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito Ambiental: proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, 153 p.

³³ THOMÉ, Romeu. *O Princípio da Vedação de Retrocesso Socioambiental no contexto da sociedade de risco*. Salvador: JusPodivm, 2014.

qualidade de vida nas cidades. Por isso mesmo, submete-se ao *princípio da não-regressão* (ou, por outra terminologia, *princípio da proibição de retrocesso*), **garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão diluídos, destruídos ou negados pela geração atual ou pelas seguintes** (...).(REsp 302.906/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, publicado no DJe em 01.12.2010, grifou-se).

Além disso, conforme se demonstrará no Capítulo seguinte, a aplicação do princípio da proibição do retrocesso na seara ambiental tem sido paulatinamente encampada, além do Superior Tribunal de Justiça, por diversos tribunais pátrios. Como em muitos casos os julgados apresentam uma interpretação, ao nosso ver, equivocada e inclusive perniciososa do brocardo, a consagração do princípio pela jurisprudência pátria gera justificadas preocupações.

Dessa feita, após o histórico do princípio traçado neste Capítulo, que contemplou desde sua égide na Europa até sua *chegada* ao Brasil, adentra-se, a partir do Capítulo seguinte, no tema e na proposta centrais deste estudo: o princípio da proibição do retrocesso em matéria ambiental e a sistematização de sua aplicação e interpretação em nosso país, dividindo-se os entendimentos quanto ao brocardo em duas distintas acepções, batizadas de *alargada* e *ponderada*.

2 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL

É imprescindível se ter em mente que o direito ambiental talvez represente a área da ciência jurídica que mais desperta emoções e paixões de seus estudiosos, denotando, exatamente por isso, muito cuidado para que leis e decisões envolvendo a matéria ambiental não sejam proferidas de forma ideológica e parcial, tornando-se assim, distantes da realidade e da racionalidade.

Nesse contexto, o intuito deste estudo é despir-se da paixão e da efervescência que envolvem o tema e, analisando a questão de forma jurídica e pragmática, contribuir com a tão importante discussão centrada no princípio da proibição do retrocesso ambiental.

Para tanto, uma preocupação central nesta pesquisa, ao tratar de um princípio, foi a de expor a origem e os fundamentos normativos e doutrinários do instituto da forma transparente e pragmática (sem abraçar ideologias). Como já enuncia há alguns anos o Professor Lenio Streck, vive-se atualmente no mundo jurídico brasileiro uma era de “pan-principiologismo”, “*verdadeira usina de produção de princípios despidos de normatividade*”³⁴.

Infelizmente, não raro princípios são evocados em decisões judiciais sem que haja uma adequada investigação a respeito da égide do instituto e de sua real pertinência e aplicação ao caso concreto. Nesses casos, os brocardos, ao fim e ao cabo, são utilizados como “varinhas de condão”³⁵ para que o julgamento tenha o desfecho pretendido pelo julgador, a despeito do que estritamente dispõe a legislação aplicável à matéria. Muitas vezes, princípios, que sequer se questiona de onde e em que contexto surgiram, são aplicados como se fossem hierarquicamente superiores ao texto legal.

O princípio da proibição do retrocesso, se interpretado e aplicado de maneira que extrapola sua real semântica e incidência, nada mais é do que verdadeira “varinha de condão” que dá ao julgador o poder de decidir o caso da maneira que mais lhe apetece e parece justa. Essa questão fica ainda mais visível e problemática quando a matéria do julgamento é de ordem ambiental, que é uma das mais suscetíveis a ideologias e paixões no mundo jurídico.

³⁴ STRECK, Lenio Luiz. O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. *Consultor Jurídico*, 2012. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto> >. Acesso em: 16 out. 2017

³⁵ Li esta expressão pela primeira vez em texto do Professor Otavio Luiz Rodrigues publicado no site do Consultor Jurídico (indicação de leitura, tenho de reconhecer, do colega graduando da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM Vinicius Oliveira), tendo logo me afeiçoado e a incorporado em meu vocabulário.

Some-se a tudo isso os tempos de *politicamente correto* em que se vive, que também traz reflexos nas discussões envolvendo direito ambiental, e tente tecer críticas e fazer ponderações a um princípio que, como o próprio nome diz, “proíbe o retrocesso em termos de proteção ao meio ambiente”. O raso raciocínio de quem não tem a oportunidade de estudar a fundo o brocardo e refletir sobre as práticas consequências da consolidação de sua interpretação é bastante singelo (e gramaticalmente lógico, é verdade): quem é *a favor* do meio ambiente defende o princípio da vedação ao retrocesso ambiental e o contrário é verdadeiro.

Porém, a relação entre “defensores do princípio” e “defensores do meio ambiente” não é simples e direta como uma matemática “regra de três”. Inicialmente, a proposição “defender o princípio” sequer expressa muito sentido por si só, já que se atribui mais de uma linha interpretativa a ele. Em segundo lugar, toda análise jurídica - inclusive em direito ambiental, por óbvio - deve levar em conta, mais do que o que intimamente se pensa como correto e justo, o que dispõem os regramentos aplicáveis à matéria. Não é porque se considera uma lei ruim que ela não deve ser aplicada se vigente e válida for. Em terceiro lugar, o conceito de “retrocesso” é em boa parte subjetivo, assim, mesmo que dois indivíduos concordem exatamente quanto ao fundamento e hipóteses de incidência do princípio da vedação ao retrocesso ecológico, pode ainda haver discordância sobre o referencial do que é ou não retrocesso em cada caso concreto.

Dessa feita, este trabalho, que de maneira alguma tem o objetivo de negar a existência ou a aplicação do brocardo do não retrocesso na seara ambiental, propõe-se a uma análise, na medida do possível, despida de paixões e ideologias, de modo que se possa perquirir o tema de forma essencialmente jurídica e pragmática.

Assim, nas próximas linhas, além de se explicar a respeito dos fundamentos da aplicação do princípio da vedação ao retrocesso em matéria ambiental, propõe-se a divisão do entendimento sobre o brocardo em duas correntes interpretativas, que serão nomeadas de *alargada* e *ponderada*. Ao final de toda a investigação, tentar-se-á, sendo este o maior e mais ousado objetivo deste trabalho, propor uma aplicação adequada e razoável do princípio no direito brasileiro, que - adiantando-se - seria a consonante para com a acepção *ponderada* do brocardo.

2.1 FUNDAMENTOS DOUTRINÁRIOS E NORMATIVOS PARA A EXISTÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL

Conforme já enunciado, o tema fulcral deste trabalho consiste no chamado “princípio da proibição do retrocesso ambiental”, que nada mais é do que o “princípio da proibição do retrocesso” aplicado ao direito ambiental. Não há dúvidas de que o princípio se trata de assunto de extrema relevância no que concerne ao direito ambiental. Sua aplicação, que ainda carece de consolidação teórica, dadas as variantes interpretativas da doutrina e da jurisprudência, pode se dar em diversos âmbitos, como no campo legislativo, na esfera judiciária e até mesmo, por exemplo, em processos administrativos de licenciamento ambiental.

O brocardo, que já há alguns anos desponta na literatura especializada e na jurisprudência pátria como um princípio específico do direito ambiental, alcançou o ápice de sua relevância ao ser fundamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 4901, 4902, 4903 e 4937 (as três primeiras propostas pelo Ministério Público Federal, e a última pelo Partido Socialismo e Liberdade) em face do Novo Código Florestal (Lei n. 12.651/2012), atualmente em trâmite no Supremo Tribunal Federal. As referidas ações diretas, e também a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 42 (proposta pelo Partido Progressista), que objetiva declarar a constitucionalidade da Codificação Florestal, serão objeto do Capítulo III deste trabalho e, por isso, não serão tratadas neste momento.

Sobre o assunto, Antonio Herman Benjamin³⁶, em um contexto de crítica à eventual transformação dos “*direitos humanos das presentes gerações e garantias dos interesses dos nossos pósteros num ioiô legislativo, um acordeão desafinado e imprevisível, que ora se expande, ora se retrai*”, sustenta que:

É seguro afirmar que a proibição de retrocesso, apesar de não se encontrar, com nome e sobrenome, consagrada na nossa Constituição, nem em normas infraconstitucionais, e não obstante sua relativa imprecisão – compreensível em institutos de formulação recente e ainda em pleno processo de consolidação –, transformou-se em princípio geral do Direito Ambiental, a ser invocado na avaliação

³⁶ BENJAMIN, Antonio Herman. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: *Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental*. Brasília: Senado Federal; Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, 2012, p. 55.

da legitimidade de iniciativas legislativas destinadas a reduzir o patamar de tutela legal do meio ambiente, (...)³⁷

Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer, por sua vez, assim lecionam quanto à fundamentação do brocardo da vedação ao retrocesso ecológico.

A proibição de retrocesso socioambiental, da mesma forma como ocorre com a proibição de retrocesso social, está, por sua vez, relacionada ao princípio da segurança jurídica e dos seus respectivos desdobramentos (princípio da proteção da confiança e as garantias constitucionais do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada), bem como guarda conexão com os limites materiais à reforma constitucional, considerando que tais institutos também objetivam a tutela de direitos e bens de matriz constitucional em face de atos e/ou medidas de caráter retroativo ou que venham, de algum modo, afetar situações e posições jurídicas. A estabilidade institucional (incluindo a estabilidade jurídica) é fundamental para o exercício dos direitos fundamentais do cidadão, na medida em que a dignidade humana não restará suficientemente respeitada e protegida onde as pessoas estejam expostas a tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas³⁸.

Já Patrick de Araújo Ayala, ao tratar sobre o conteúdo do princípio, aduz o seguinte:

O princípio aponta para uma proibição da reversão no desenvolvimento dos direitos fundamentais e para uma garantia de não-retorno a graus de proteção que já tenham sido ultrapassados. Por outro lado, também veicularia como efeito uma proibição de reversibilidade dos estágios de desenvolvimento e de proteção de várias realidades existenciais, os quais foram proporcionados, por iniciativa do Estado, a uma determinada sociedade, residindo neste aspecto o principal problema sobre sua admissão.³⁹

³⁷ BENJAMIN, Antonio Herman. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: *Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental*. Brasília: Senado Federal; Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, 2012, p. 62.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (socio) ambiental. In: *Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental*. Brasília: Senado Federal; Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, 2012, p. 141-142.

³⁹ AYALA, Patrick de Araujo. Direito fundamental ao meio ambiente e a proibição de regresso nos níveis de proteção ambiental na Constituição brasileira. In: *Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental*; Brasília: Senado Federal; Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, 2012, p. 230.

Carlos Alberto Molinaro⁴⁰, que trata o brocardo como “princípio de vedação da retrogradação”, sustenta sua direta subsunção no “*entrelaçamento dos princípios matrizes dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica*”, sendo “*essencial na atribuição de responsabilidade ambiental informada pela fraternidade que deve estar impressa em todas as relações com o ambiente*”.

De mais a mais, é bastante pertinente expor que considerável parte da doutrina atribui a existência do princípio da vedação ao retrocesso ecológico também aos imperativos comandos de diplomas normativos internacionais.

Nesse sentido, José Rubens Morato Leite⁴¹ dá especial destaque ao Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966⁴² e a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969⁴³ e seu protocolo adicional de 1998, que engloba o “direito ao meio ambiente” ao cerne dos direitos albergados pela Convenção.

O artigo 2.1 do Pacto, em textual semelhante ao exposto ao art. 26 da Convenção⁴⁴, estipula que todas as partes comprometem-se a adotar medidas que visem a assegurar, *progressivamente*, “*por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos*” no diploma normativo, “*incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas*”. Além disso, o Protocolo Adicional à Convenção Americana (Protocolo de San Salvador) contempla em seu artigo 11 o “direito a um meio ambiente sadio”, insculpido nos seguintes comandos: “*1. Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos. 2. Os Estados Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente*”. Assim, a progressividade expressa no artigo 2.1 do Pacto e no art. 26 da Convenção englobaria também o direito ao meio ambiente previsto no artigo 11 do Protocolo de San Salvador, o que culminaria com o ideário de progresso constante (ou, a contrario sensu, não retrocesso) no que tange à legislação em matéria ambiental.

⁴⁰ MOLINARO, Carlos Alberto. Interdição da Retrogradação Ambiental. In: *Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental*; Brasília: Senado Federal; Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, 2012, p. 78.

⁴¹ LEITE, José Rubens Morato. *Manual de Direito Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 112-115.

⁴² O Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 foi promulgado no Brasil no bojo do Decreto Federal n. 591, de 6 de julho de 1992.

⁴³ A Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 foi promulgada no Brasil pelo Decreto Federal n. 678, de 6 de novembro de 1992.

⁴⁴ ARTIGO 26. Desenvolvimento Progressivo. Os Estados-Partes comprometem-se a adotar providência, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Morato Leite⁴⁵ avança ainda mais ao fazer referência à Convenção da Diversidade Biológica e à Convenção de Ramsar, que, ao seu entender, “*exigem, dentre outras obrigações, que o Estado brasileiro adote ações que também assegurem a conservação in situ, além do dever de elaborar e de manter legislação em vigor capaz de proteger esses espaços, os processos biológicos e as espécies ameaçadas (art. 8º, k, da Convenção sobre a Diversidade Biológica)*”.

Dessa feita, conclui o Professor José Rubens Morato Leite⁴⁶ que:

As obrigações previstas no texto do artigo 2.1 do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; no artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; nos artigos 1, 12, e 12.1 do Protocolo Adicional de San Salvador propõem um rigidíssimo bloco de convencionalidade ambiental que não permitiria a desconstituição dos níveis de proteção que já foram atingidos.

De todo modo, em linhas gerais, o comando, como seu próprio nome diz, volta-se a “não retroceder” quando o assunto é preservação do meio ambiente, a fim de fazer valer o direito constitucional a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, justificativa sob a qual, em que pese louvável, não podem os intérpretes e aplicadores do princípio ignorarem as consequências pragmáticas da consolidação de uma interpretação desprendida das reais premissas do brocardo.

2.2 NECESSÁRIA DIFERENCIAÇÃO: AS ACEPÇÕES ALARGADA E PONDERADA DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL

De início, é necessário explicitar que tanto a denominação *alargada*, quanto o cognato *ponderada*, utilizados neste trabalho, em termos doutrinários e acadêmicos, consistem em uma inovação.

A acepção do princípio da vedação ao retrocesso ecológico que aqui se chama de *alargada* consiste na corrente interpretativa que, em linhas gerais, sustenta a impossibilidade de quaisquer alterações legislativas em matéria ambiental que, em tese, *diminuam* ou *reduzam* o nível de proteção ambiental já alcançada pelo regramento anterior. Impõe-se, assim, a

⁴⁵ LEITE, José Rubens Morato. *Manual de Direito Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 114.

⁴⁶ LEITE, José Rubens Morato. *Manual de Direito Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 115.

determinação ao Estado de atuar “progressivamente”, acatando apenas mudanças legais que mantenham ou reforcem os níveis de proteção ambiental, inclusive mediante o controle por parte do Poder Judiciário, implicando, em nossa visão, em demasiada subjetividade e engessamento da função legiferante.

Já a acepção que se nomeou de *ponderada*, consiste naquela que reserva a utilização do brocardo em matéria ambiental a casos especiais. Ela se dá em situações em que a revogação ou alteração legislativa aviltar o núcleo essencial do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e, ainda, se não for criado regramento que continue disciplinando o direito fundamental previsto no artigo 225 da Constituição da República de 1988 de forma adequada, afastando-se da singela conclusão de que qualquer alteração que implique diminuição de restrições anteriores será automaticamente inconstitucional. Essa interpretação leva em conta a evolução humana e mesmo o advento de questões desconhecidas no cenário em que vigorava o diploma revogado.

Assim, nas próximas linhas, inicialmente se discorrerá sobre a acepção *alargada* do princípio e, ao final, tratar-se-á da acepção *ponderada*, que, ao nosso sentir, representa uma razoável e adequada aplicação do princípio da proibição do retrocesso ambiental no direito brasileiro.

2.3 ACEPÇÃO ALARGADA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO: ARCABOUÇO DOUTRINÁRIO E APORTE JURISPRUDENCIAL

Apesar de se discordar de suas conclusões, é de se reconhecer que há sérios e balizados trabalhos que se filiam a esta linha interpretativa do princípio. Romeu Thomé⁴⁷, por exemplo, em obra dedicada exclusivamente ao assunto, afirma que:

De acordo com o caput do artigo 225 da Constituição de 1988, é dever do Poder Público proteger e preservar o meio ambiente equilibrado para as presentes e futuras gerações. O Estado deve atuar progressivamente na proteção do meio ambiente. *É irrefutável tratar-se de missão constitucional direcionada aos três poderes estatais no sentido de ampliar, ou ao menos manter, os níveis de proteção ambiental. Quando não o fizerem espontaneamente, e nos casos em que se verifique recuo nos níveis de proteção ambiental, compete ao Poder Judiciário intervir, exercendo o*

⁴⁷ THOMÉ, Romeu. *O Princípio da Vedação de Retrocesso Socioambiental no contexto da sociedade de risco*. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 89.

controle de constitucionalidade dos atos do Legislativo e do Executivo, com supedâneo na cláusula de vedação de retrocesso. (grifou-se)

Na mesma linha, José Rubens Morato Leite⁴⁸ afirma o seguinte ao dispor o princípio como imperativo de caráter limitativo das decisões do Poder Público:

Suas escolhas não podem, desse modo, atingir os limites que definiriam um mínimo existencial ecológico (art. 225, § 1º, I, e VII), ao mesmo tempo em que devem ser capazes de aperfeiçoar os níveis já atingidos no interesse das futuras gerações (art. 225, caput).

Suas escolhas também não podem propor a diminuição dos espaços territoriais especialmente protegidos se tais iniciativas puderem ameaçar, em algum nível, os atributos que foram protegidos pelo de criação (art. 225, § 1º, III).

Os dispositivos constitucionais referidos permitem, portanto, o reconhecimento de um imperativo de não retrocesso, independentemente de sua interação com a ordem jurídica convencional. Essa argumentação poderia ser sustentada por meio da definição de um mínimo existencial ecológico que não poderia ser desconstituído por iniciativa de decisões públicas ou privadas. (grifos acrescentados)

Assim, de acordo com a interpretação do princípio em sua acepção alargada, a atuação do Poder Legislativo e do Poder Executivo deve ser obstada se entendido ter havido um recuo quanto ao nível de proteção ambiental já preconizado pela legislação. Desta forma, uma lei posterior não poderá extinguir/mitigar uma regra que tutele o meio ambiente, sob pena de ter promovido um retrocesso, cabendo ao Judiciário determinar a invalidade da norma ou ato administrativo ou ao menos afastá-la no caso concreto.

Nesse sentir, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, concebendo o princípio de acordo com sua interpretação alargada, já declarou incidentalmente, em arguições distintas, a inconstitucionalidade dos artigos 62 e 67⁴⁹ do Novo Código Florestal (Lei n. 12.651/2012). Como a decisão concernente ao artigo 62 é ainda mais recente, dar-se-á enfoque neste momento à decisão do Tribunal de Justiça mineiro em relação a este artigo, em detrimento da decisão no mesmo sentido relacionada ao artigo 67 do Novo Código Florestal.

⁴⁸ LEITE, José Rubens Morato. *Manual de Direito Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 116.

⁴⁹ O art. 67 da Lei n. 12.651/2012 possui a seguinte redação “*Nos imóveis rurais que detinham, em 22 de julho de 2008, área de até 4 (quatro) módulos fiscais e que possuam remanescente de vegetação nativa em percentuais inferiores ao previsto no art. 12, a Reserva Legal será constituída com a área ocupada com a vegetação nativa existente em 22 de julho de 2008, vedadas novas conversões para uso alternativo do solo*“. A declaração incidental de inconstitucionalidade deste artigo deu-se no âmbito da Arguição de Inconstitucionalidade n. 1.0144.11.003.964-7/002 (Relator Des. Walter Luiz, julgamento do Órgão Especial em 29/06/2015)

O artigo 62 da Lei n. 12.651/2012 dita que, “*para os reservatórios artificiais de água destinados a geração de energia ou abastecimento público que foram registrados ou tiveram seus contratos de concessão ou autorização assinados anteriormente à Medida Provisória no 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, a faixa da Área de Preservação Permanente será a distância entre o nível máximo operativo normal e a cota máxima maximorum*”.

O referido artigo 62 da Nova Codificação Florestal trouxe tratamento distinto à matéria, que era regulada pela Resolução n. 302/2002 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), editada para estritamente regulamentar o Código Florestal hoje revogado (Lei Federal n. 4.771/1965). O artigo 3º⁵⁰ da mencionada Resolução estabelecia distâncias mínimas para a faixa de Área de Preservação Permanente no entorno dos reservatórios artificiais, que variavam com base em atributos como a localização do empreendimento (em área urbana consolidada ou em área rural, por exemplo) e a destinação do reservatório (como geração de energia elétrica ou abastecimento público).

No entender do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, formalizado em acórdão relatado pelo eminente Desembargador Wander Marotta, seria o artigo 62 inconstitucional por ter reduzido a proteção ambiental anteriormente garantida pelo artigo 3º da Resolução n. 302/2002 do Conselho Nacional do Meio Ambiente. Em seu voto, o Desembargador Relator assim fez menção ao princípio da proibição do retrocesso ambiental:

A meu ver é inconstitucional o art. 62 da Lei Federal nº 12.651/12, *sobretudo em virtude do princípio da proibição do retrocesso em matéria ambiental, porquanto caracteriza redução desproporcional e injustificada de direitos arduamente conquistados pela coletividade*, tudo em nome de uma precária exploração econômica do negócio, que, em última análise, se faltar água (como consequência da exploração desmedida), resultará a falência do próprio negócio. (sem grifos no original)

Em outros termos, um dispositivo do Novo Código Florestal, lei editada após amplo debate e participação dos setores da sociedade durante o processo legislativo, foi considerado

⁵⁰ Resolução CONAMA n. 302/2002. Art 3º Constitui Área de Preservação Permanente a área com largura mínima, em projeção horizontal, no entorno dos reservatórios artificiais, medida a partir do nível máximo normal de:

I - trinta metros para os reservatórios artificiais situados em áreas urbanas consolidadas e cem metros para áreas rurais;
 II - quinze metros, no mínimo, para os reservatórios artificiais de geração de energia elétrica com até dez hectares, sem prejuízo da compensação ambiental.
 III - quinze metros, no mínimo, para reservatórios artificiais não utilizados em abastecimento público ou geração de energia elétrica, com até vinte hectares de superfície e localizados em área rural.

inconstitucional por haver supostamente diminuído um nível de proteção disposto em uma Resolução do CONAMA, ato infralegal.

Afastando-se do mérito de qual redação é a mais adequada, a da Resolução ou a da Lei, a situação a que se está diante em muito viola a segurança jurídica, uma vez que, ao invés de aplicar a Codificação Florestal em vigor, simplesmente se fez valer o comando de ato normativo infralegal que regulamenta legislação já revogada (Código Florestal de 1965).

A alteração legiferante promovida pelo legislador pátrio no que concerne à Área de Preservação Permanente no entorno de reservatórios d'água artificiais é completamente albergada por seu espectro de atuação, uma vez que, em que pese ter modificado o regramento atinente à matéria, não trouxe um vazio legislativo quanto ao tema e não representou avilte ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Aliás, se tivesse o legislador pátrio considerado a redação do artigo 3º da Resolução do CONAMA n. 302/2002 a mais adequada, teria ela sido reproduzida no Código Florestal de 2012, o que não ocorreu.

Assim como fez o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais em relação ao artigo em comento, outros Tribunais, em controle difuso ou concentrado de constitucionalidade, podem fazer o mesmo com quaisquer dispositivos legais relacionados ao meio ambiente.

No entender dos defensores da aplicação do princípio da vedação ao retrocesso ecológico em sua acepção alargada, todos os dispositivos normativos que tenham relação com a matéria ambiental teriam de ser analisados não somente com base em sua redação; mas levando-se em conta também todos os regramentos que os antecederam. Aliás, é justamente esse entendimento que se tem ao analisar texto de autoria da professora Alexandra Aragão quanto ao princípio da proibição ao retrocesso ecológico, que inclusive categoriza o brocardo como uma versão diacronicamente orientada do “princípio do nível elevado de proteção ecológica”:

No âmbito interno, o princípio da proibição do retrocesso ecológico, espécie de cláusula rebus sic stantibus, significa que, a menos que as circunstâncias de facto se alterem significativamente, não é de admitir o recuo para níveis de proteção inferiores aos anteriormente consagrados. Nesta vertente, o princípio põe limites à adopção de legislação de revisão ou revogatória. As circunstâncias de facto às quais nos referimos são, por exemplo, o afastamento do perigo de extinção antropogénica, isto é, a efectiva recuperação ecológica do bem cuja protecção era regulada pela lei vigente, desde que cientificamente comprovada; ou a confirmação científica de que

a lei vigente não era a forma mais adequada de protecção do bem natural carecido de protecção.⁵¹

Afirmar que não se pode “*admitir o recuo para níveis de protecção inferiores aos anteriormente consagrados*” significa justamente fazer controle de constitucionalidade com base em normas infraconstitucionais - e até infralegais - que abordam a temática ambiental.

Conforme se discorre ao longo deste trabalho, em próspera a aplicação alargada do princípio da proibição do retrocesso no direito brasileiro, restará simplesmente inviável pontuar quais artigos e diplomas legais são efetivamente constitucionais e aplicáveis no Brasil em matéria ambiental. Todo o arcabouço legal relacionado ao meio ambiente estará sujeito ao crivo do “retrocesso”, que, obviamente, será calcado em análises subjetivas. Logo, melhor dizendo, o ordenamento jurídico ambiental brasileiro estará sujeito ao controle de constitucionalidade baseado no que determinados aplicadores do princípio entenderem sobre retrocesso. Se concretizado tal cenário, estará inaugurada a ditadura dos *achismos*, das *opiniões*, que se sobreporão - e muito - à lei. Será a concretização da máxima de que “no Brasil, até o passado é incerto”.

Para os defensores da acepção ora exposta, destarte, é digna de repúdio - incluindo o seu “afastamento” em âmbito judicial, retrocedendo a disposições legais já revogadas - qualquer alteração normativa apta a retroceder a protecção ambiental a um nível inferior àquele verificado atualmente, autorizando-se apenas a edição de parâmetros inovadores quando mais “benéficos” (na percepção do intérprete) ao meio ambiente, em escala sempre progressiva de amparo aos recursos naturais.

Como defendem Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer⁵², não só aportaria o princípio o dever de “não piorar” as condições legais de defesa do meio ambiente, como também a obrigação de “melhorar” ditas cautelas:

(...) de um lado impõe-se ao Estado a obrigação de 'não piorar' as condições normativas hoje existentes em determinado ordenamento jurídico - e o mesmo vale para a estrutura organizacional administrativa -, por outro lado, também se faz imperativo, especialmente relevante no contexto da protecção do ambiente, uma obrigação de 'melhorar', ou seja, de aprimorar tais condições normativas - e também

⁵¹ ARAGÃO, Alexandra. Direito Constitucional do Ambiente da União Europeia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (Org.) *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 36-37.

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental: estudos sobre a Constituição, os direitos fundamentais e a protecção do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 198.

fáticas - no sentido de assegurar um contexto cada vez mais favorável ao desfrute de uma vida digna e saudável pelo indivíduo e pela coletividade como um todo.

Enfim, além da inerente subjetividade insculpida no defendido critério - o que seria “melhor” ou “pior” para o meio ambiente -, tem este o condão de, sob a pretensa justificativa de salvaguardar o direito fundamental ao usufruto do bem coletivo, simplesmente inviabilizar a evolução democrática das normas que regulam a vida em sociedade.

2.3.1 Problemas e incongruências decorrentes da aplicação do princípio em sua acepção alargada

Inicialmente, como pioneira das incongruências envolvendo a acepção do princípio da proibição do retrocesso ambiental em sua acepção alargada pode-se citar a forma “despropositada” com que o brocardo emergiu na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

O imbróglio judicial que culminou com a aparição do princípio da proibição do retrocesso ambiental em um julgado da Corte Superior, como pontua Marcelo Buzaglo Dantas⁵³, versava sobre o “*alcance da eficácia das restrições convencionais estabelecidas na instalação de loteamento urbano, quando lei posterior impôs padrões menos restritivos de uso e ocupação do solo*”. Sob o fundamento de que restrições convencionais merecem prevalecer nesses casos, propôs-se ação de nunciação de obra nova em face da construtora que obteve alvará para construção de edifício em região inicialmente destinada a residências unifamiliares. Em momento posterior, promoveu-se ação civil pública, que tramitou de forma conexa à ação de nunciação⁵⁴.

A sentença foi de procedência quanto ao postulado pelos autores, tendo o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em julgamento dos recursos interpostos, mantido o entendimento firmado pelo juízo de primeira instância.

Assim, a construtora do imbróglio em questão interpôs recurso especial, suscitando a vulneração, pelo acórdão, a vários dispositivos de lei federal. O voto inaugural do Relator,

⁵³ DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Direito Ambiental de conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais*. Tese - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012, p. 381.

⁵⁴ DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Direito Ambiental de conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais*. Tese - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012, p. 381.

ministro Herman Benjamin, orientou-se em parcialmente conhecer o recurso, mas em negar-lhe provimento⁵⁵.

A ministra Eliana Calmon, que pediu vista dos autos, inaugurou a divergência para votar pelo conhecimento do recurso e para dar-lhe provimento. O entendimento da ministra Eliana foi ainda acompanhado pelo ministro Humberto Martins.

Como o ministro Castro Meira exarou votou acompanhando o relator no que tange ao conhecimento do recurso, o julgamento teve de ser desempatado pelo ministro Carlos Fernando Mathias (juiz convocado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região), que seguiu a divergência⁵⁶.

Após ser vencido quanto à admissibilidade do recurso, o ministro Herman Benjamin solicitou vista dos autos e, posteriormente, apresentou robusto voto em que analisa, com minúcias, todos os argumentos versados na causa - acrescentando ainda mais um: a incidência do princípio da proibição do retrocesso ambiental. O relator votou, portanto, por negar provimento ao reclame⁵⁷.

O ministro Castro Meira retificou seu voto, de modo a acompanhar o relator. Já os ministros Eliana Calmon e Humberto Martins ratificaram seus votos, mantendo a divergência. Assim, foi convocado o ministro Mauro Campbell Marques, que, desempatando a votação, negou provimento ao recurso⁵⁸.

A conclusão - bastante acertada - na qual chega Marcelo Buzaglo Dantas ao analisar todos os votos proferidos no âmbito do julgamento do Superior Tribunal de Justiça em comento é de que a resolução da controvérsia, além de realizada em apertada maioria, notadamente deu-se:

(...) à luz da incidência do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. De fato, entendeu a maioria dos integrantes da 2ª Turma do STJ que as restrições convencionais, uma vez estabelecidas e constantes do memorial descritivo averbado

⁵⁵ DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Direito Ambiental de conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais*. Tese - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012, p. 381.

⁵⁶ DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Direito Ambiental de conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais*. Tese - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012, p. 381-382.

⁵⁷ DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Direito Ambiental de conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais*. Tese - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012, p. 382.

⁵⁸ DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Direito Ambiental de conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais*. Tese - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012, p. 382.

no registro imobiliário, devem prevalecer sobre modificações legais que estabeleçam padrões menos restritivos no que toca ao uso e à ocupação do solo.⁵⁹

Assim, conforme bem obtempera Marcelo Buzaglo Dantas⁶⁰, a resolução do caso *sub judice* que culminou com a aparição do princípio da vedação ao retrocesso em uma ementa de um aresto do Superior Tribunal de Justiça, em verdade, em nada perpassou o conteúdo do brocardo. Em outras palavras, o comando de “não retrocesso” foi irrelevante para a solução da referida controvérsia, no entanto, mesmo assim figurou na ementa supracitada.

No caso em comento, o único sujeito do processo que tratou do princípio foi o próprio relator ministro Herman Benjamin. Os demais ministros, bem como as partes, não o fizeram. Além disso, consoante severa e acertada crítica de Buzaglo Dantas⁶¹:

(...) o fato é que a invocação ao princípio da proibição do retrocesso ecológico, no caso em análise, era não apenas desnecessária como absolutamente incabível. O que houve - e disto não se tem a menor dúvida, bastando para tanto ler a íntegra do acórdão - foi a solução da causa mediante a aplicação das garantias constitucionais do direito adquirido e do ato jurídico perfeito.

Portanto, ao contrário do que se sustenta, o precedente não representa um indicativo sólido de que o STJ teria passado a adotar o princípio em tela. A uma porque proferido por maioria apertada de votos (3 a 2). A duas porque, pelo que se depreende da leitura da íntegra do aresto, o argumento em questão foi superficialmente tratado apenas no voto do relator, não tendo sido invocado pelos demais votos majoritários.

De todo modo, a despeito das considerações aduzidas acima, o princípio da proibição do retrocesso ambiental assim figurou na ementa do aresto em comento:

PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E URBANÍSTICO.
LOTEAMENTO CITY LAPA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AÇÃO DE
NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA. RESTRIÇÕES URBANÍSTICO-AMBIENTAIS

⁵⁹ DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Direito Ambiental de conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais*. Tese - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012, p. 382.

⁶⁰ DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Direito Ambiental de conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais*. Tese - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012, p. 380-386.

⁶¹ DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Direito Ambiental de conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais*. Tese - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012, p. 386.

CONVENCIONAIS ESTABELECIDAS PELO LOTEADOR. ESTIPULAÇÃO CONTRATUAL EM FAVOR DE TERCEIRO, DE NATUREZA PROPTER REM. DESCUMPRIMENTO. PRÉDIO DE NOVE ANDARES, EM ÁREA ONDE SÓ SE ADMITEM RESIDÊNCIAS UNI FAMILIARES. PEDIDO DE DEMOLIÇÃO. VÍCIO DE LEGALIDADE E DE LEGITIMIDADE DO ALVARÁ. IUS VARIANDI ATRIBUÍDO AO MUNICÍPIO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA NÃO-REGRESSÃO (OU DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO) URBANÍSTICO-AMBIENTAL. VIOLAÇÃO AO ART. 26, VII, DA LEI 6.766/79 (LEI LEHMANN), AO ART. 572 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 (ART. 1.299 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002) E À LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. ART. 334, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

VOTO-MÉRITO.

(...)

10. O relaxamento, pela via legislativa, das restrições urbanístico-ambientais convencionais, permitido na esteira do ius variandi de que é titular o Poder Público, demanda, por ser absolutamente fora do comum, ampla e forte motivação lastreada em clamoroso interesse público, postura incompatível com a submissão do Administrador a necessidades casuísticas de momento, interesses especulativos ou vantagens comerciais dos agentes econômicos.

11. O exercício do ius variandi, para flexibilizar restrições urbanístico-ambientais contratuais, haverá de respeitar o ato jurídico perfeito e o licenciamento do empreendimento, pressuposto geral que, no Direito Urbanístico, como no Direito Ambiental, é decorrência da crescente escassez de espaços verdes e dilapidação da qualidade de vida nas cidades. *Por isso mesmo, submete-se ao princípio da não-regressão (ou, por outra terminologia, princípio da proibição de retrocesso), garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão diluídos, destruídos ou negados pela geração atual ou pelas seguintes.*

(...)

(REsp 302.906/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2010, DJe 01/12/2010 - grifou-se)

Desse modo, a crítica do Professor Felipe Derbli⁶² de que a doutrina e jurisprudência brasileiras não se debruçam de forma satisfatória sobre o conteúdo material e a aplicabilidade do princípio da proibição do retrocesso é plenamente aplicável no que tange ao supracitado julgado do Superior Tribunal de Justiça de 2010 relatado pelo ministro Herman Benjamin. Nas palavras de Derbli, “*ouve-se o galo, mas não se sabe de onde ele cantou*”.

⁶² DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 199.

O que ocorre é que neste século o princípio da proibição do retrocesso, seja no âmbito dos direitos sociais ou na seara ambiental, vem paulatinamente figurando cada vez mais como sustentáculo de decisões judiciais por todo o Brasil. No entanto, esta onda crescente de menções ao brocardo na jurisprudência pátria também traz consigo problemáticos e perniciosos *alargamentos* da interpretação e aplicação do princípio.

Como singelo exemplo deste alargamento da aplicação do princípio, traz-se à tona julgado do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, que, em que pese não tratar especificamente de matéria ambiental, representa um esplêndido case para se demonstrar o quanto os entendimentos jurisprudenciais pátrios *alargam* a aplicação e interpretação do brocardo.

Trata-se de mandado de segurança em que o Tribunal piauiense entendeu por bem em conceder a segurança para determinar ao Estado do Piauí o fornecimento do medicamento pleiteado pelo impetrante, que não constava da listagem expedida pelo Ministério da Saúde (que engloba os medicamentos destinados a atender as necessidades prioritárias do Sistema Único de Saúde - SUS). A despeito dos debates que envolvem o direito à saúde, que extrapolam o escopo e a proposta deste trabalho, é interessante analisar como o princípio da proibição do retrocesso foi invocado e aplicado no caso em comento, cujo acórdão foi assim ementado:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SOLIDARIEDADE ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL. PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL. 1. A omissão da autoridade coatora em fornecer o tratamento médico vindicado pela impetrante afigura-se como um abuso do Poder Executivo, suficiente a autorizar a atuação do Poder Judiciário, uma vez que o direito à saúde, consagrado no art. 196, da Constituição Federal, é direito fundamental que integra o mínimo existencial, não podendo, sua concretização, ficar discricionária ao administrador. 2. A cláusula da reserva do possível não pode ser invocada pelo Poder Público, com o propósito de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição, pois encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial. 3. *O princípio da proibição do retrocesso impede o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à saúde) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais*

prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. 4. Segurança Concedida.

(TJPI | Mandado de Segurança Nº 2014.0001.002061-7 | Relator: Des. José Ribamar Oliveira | Tribunal Pleno | Data de Julgamento: 03/09/2015 - grifou-se)⁶³

O entendimento explicitado no acórdão no que tange à vedação do retrocesso é de que o brocardo teria o condão de impedir, quando se está diante de direitos fundamentais de ordem social (como o direito à saúde), que sejam “*desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive*”⁶⁴. Assim, sendo o direito fundamental à saúde previsto na Constituição da República de 1988 e, portanto, já alcançado pelos cidadãos, não haveria como o Estado não fornecer o medicamento pleiteado pelo impetrante, o que, no entender dos julgadores, além de ferir o direito à saúde insculpido na Constituição da República de 1988, iria de encontro ao princípio da proibição do retrocesso.

O acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí apresenta dois equívocos basilares no que concerne à aplicação do princípio. Primeiramente, o brocardo é utilizado sem que haja uma contraposição entre dois quadros legislativos sucessivos. Isto é, não se analisa um cenário de “lei velha” e um cenário de “lei nova” (ou de mera ausência da “lei velha”, em caso de supressão legislativa), chegando-se à conclusão de que a legislação atual representaria um retrocesso típico do ensejo do princípio da proibição do retrocesso. Nesse espectro, o entendimento que apresenta o julgado é de que o direito fundamental à saúde (que, na concepção dos magistrados, engloba a prestação estatal de medicamentos aos cidadãos, independente de haver ou não inclusão na lista definida pelo Ministério da Saúde) já foi adquirido pelos indivíduos e, assim, *um passo atrás* na efetivação desse direito (como, no entender dos julgadores, o não fornecimento de um fármaco pelo Estado) seria um retrocesso a ser coibido pelo brocardo da vedação ao retrocesso.

O segundo problema estrutural do aresto em comento consiste no fato de o princípio ser tratado de forma *desprendida* do texto constitucional. É que ao invés de se considerar que o não fornecimento do medicamento feriria o grau de eficácia já alcançado por norma constitucional programática (a ponto de configurar uma omissão constitucional), o acórdão apenas classifica como proibida, por força do princípio, a simples “desconstituição de conquistas já alcançadas pelos cidadãos”. Em outros termos, o entendimento explicitado no

⁶³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Acórdão mandado de segurança n. 2014.0001.002061-7. Relator: Des. José Ribamar Oliveira. Disponível em: < http://www.tjpi.jus.br/download/100000000804616_100014425864792_1.pdf >. Acesso em 11 out. 2017.

⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Acórdão mandado de segurança n. 2014.0001.002061-7. Relator: Des. José Ribamar Oliveira, p. 12. Disponível em: < http://www.tjpi.jus.br/download/100000000804616_100014425864792_1.pdf >. Acesso em 11 out. 2017.

julgado é de que não se pode alterar a legislação se isso implicar em supressão ou mitigação de direitos e benefícios sociais outrora já garantidos à sociedade.

Esse segundo equívoco apontado no acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, em linhas gerais, consiste no mais recorrente e relevante erro de interpretação e aplicação do princípio no Brasil (inclusive na seara ambiental). O raso entendimento de que é vedada qualquer modificação legislativa que seja considerada um retrocesso quanto à efetivação de direitos fundamentais é bastante pernicioso, tanto do ponto de vista jurídico quanto sob o aspecto pragmático.

Sob o enfoque jurídico, vedar uma modificação legislativa por pura e simplesmente considerá-la um retrocesso social, sem analisar o caso à estrita luz do texto constitucional, nada mais é do que fazer controle de constitucionalidade com base em atos normativos infraconstitucionais. Mais do que isso, é ater-se a um juízo muitas vezes meramente valorativo e subjetivo sobre o que é retrocesso para declarar a (in)constitucionalidade de uma inovação legislativa.

Além disso, analisando-se a questão sob uma perspectiva pragmática, encampar o entendimento da proibição do retrocesso dessa forma significa cercear equivocada e demasiadamente a liberdade do legislador pátrio. Uma interpretação do princípio da vedação ao retrocesso engendrada sob essa linha de raciocínio culmina com um Poder Legislativo de mãos atadas, limitado à possibilidade de alterar a legislação somente no caso em que se considerar que houve um *ganho* (alerta-se para a subjetividade do conceito de “ganho”) para os cidadãos, e não um *retrocesso* (alerta-se também mais uma vez para o caráter subjetivo do conceito de “retrocesso”).

Felizmente, parcela significativa de juristas muito bem diagnosticou os malefícios que poderiam advir da consolidação de uma interpretação do brocardo da vedação ao retrocesso como a exarada no julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí aqui trazido à tona.

No âmbito doutrinário, destaca-se que o próprio mestre lusitano José Joaquim Gomes Canotilho reconheceu o problema de se consolidar a interpretação do princípio de uma maneira que culmina com o engessamento da atuação legislativa em uma sociedade - como todas o são - dinâmica e sujeita a constantes transformações:

O rígido princípio da ‘não reversibilidade’ ou, formulação marcadamente ideológica, o ‘princípio da proibição da evolução reaccionária’ pressupunha um progresso, uma direcção e uma meta emancipatória e unilateralmente definidas: aumento contínuo

de prestações sociais. Deve relativizar-se este discurso que nós próprios enfatizámos noutros trabalhos. *‘A dramática aceitação de ‘menos trabalho e menos salário, mas trabalho e salário e para todos’, o desafio da bancarrota da previdência social, o desemprego duradouro, parecem apontar para a insustentabilidade do princípio da não reversibilidade social.*⁶⁵ (grifou-se)

Marcos André Bruxel Saes, ao tratar dessa linha interpretativa do princípio e dos argumentos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade em face do Novo Código Florestal (tema central do Capítulo III deste trabalho) calcados na aplicação do brocardo, muito bem problematiza a questão:

A aplicação defendida por esses doutrinadores e pelas ADIs acima referidas, com todo respeito, acarretaria o completo engessamento do Poder Legislativo e a impossibilidade de evolução legislativa, bem como uma inusitada e paradoxal situação em que leis ordinárias consideradas “boas” pelos que as defendem passariam a ter um revestimento de imutabilidade previsto apenas em cláusulas pétreas previstas na Carta Magna.⁶⁶

Na seara jurisprudencial, inclusive no Supremo Tribunal Federal foi explicitada em julgados a pertinente preocupação com as consequências de uma equivocada e alargada aplicação do princípio. O ministro Gilmar Mendes, ao julgar a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.543/DF, ponderou o seguinte:

Realmente temo que, com isso, nós passemos a ter como parâmetro de controle não apenas a Constituição, mas as leis que nós consideramos boas. Daqui a pouco, todas as leis que nós considerarmos boas passarão a integrar, de alguma forma, o conceito constitucional e, no futuro, elas serão então, também, irrevogáveis por esse princípio⁶⁷.

Nessa oportunidade, de forma bastante acertada o ministro demonstrou preocupação com o possível engessamento da evolução legislativa, que, aplicando-se o princípio de forma alargada, estaria sujeita a controle de constitucionalidade feito com base tão somente em legislação infraconstitucional, independentemente do que dispõe o texto da Magna Carta.

⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 111.

⁶⁶ SAES, Marcos André Bruxel. Princípio da proibição ao retrocesso não cabe na área ambiental. *Consultor Jurídico*, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jul-02/marcos-saes-principio-proibicao-retrocesso-area-ambiental>>. Acesso em: 16 out. 2017

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.543/DF*, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2013, publicado em 13/10/2014.

Diante disso, ao nosso sentir, a aplicação do princípio em sua acepção alargada é incompatível com o contexto do Estado Democrático de Direito em que vivemos, onde reina - e tem mesmo de reinar, desde que balizada pelos limites postos pela Constituição da República - necessária e constitucional liberdade de legislar.

Ancorada nos fundamentos da soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político, a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, cujo sucesso e desenvolvimento processa-se necessariamente junto ao independente e harmônico funcionamento dos três Poderes - Legislativo, Executivo e Judiciário - exaltados à Constituição Federal de 1988 desde seus artigos de introito, perpassando o espírito de todo o texto.

A edição dos atos normativos dirigidos, em todos os casos, a promover o bem geral do povo brasileiro compete aos assim eleitos representantes do Poder Legislativo e, em situações específicas, do Poder Executivo, nos âmbitos federal, estadual e municipal. Basilar, pois, que a atuação dos entes públicos ocorra em conformidade para com o princípio da separação dos poderes, que veda, por exemplo, ao Judiciário o exercício da função legiferante típica, adentrando na esfera da produção normativa.

No cenário constitucional, onde se aventam as bases do princípio da proibição do retrocesso ambiental, pairam igualmente seus limites e balizas. A aplicação que aqui chamamos de alargada, na medida em que se imiscui na parcela de discricionariedade que necessariamente deve estar contida na atividade legislativa na temática ambiental - como se infere do artigo 24, inciso VI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, concernente às florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição -, não se amolda, com respeito às manifestações contrárias, ao sistema em que contido o próprio brocardo.

De fato, malgrado não absoluta e sabidamente submetida às limitações formais e substanciais impostas ao ordenamento -, a discricionariedade inerente à função legislativa e mesmo a independência e o juízo de oportunidade nesta englobados não podem ser olvidados ou ignorados.

Despontando qualquer inovação que implique a suposta “piora” do grau de proteção ambiental como viciada de automática inconstitucionalidade, restaria fortemente esvaziada a atuação legislativa, cujo valor é refletido justamente quando logra acompanhar e adaptar-se às tendências e anseios da sociedade, aliados aos avanços tecnológicos e do conhecimento como um todo.

Em interpretação alargada, impossibilitar-se-ia, por exemplo, revisitar decisão acerca das qualidades e importância de determinada área para a preservação dos recursos naturais do município frente à atual necessidade de expansão do núcleo urbano local, voltada exatamente à melhoria da qualidade de vida da população que lá habita, ou mesmo corrigir equívoco interpretativo quanto à caracterização de região como própria à ocupação urbana de baixo gabarito. Uma vez limitada a ocupação, seria a restrição eterna, mutável apenas para acrescentar maiores recreamentos. Pensar dessa forma seria proibir o planejamento e a correta expansão dos municípios brasileiros. Seria, inclusive, negar vigência à disposição do Estatuto das Cidades (Lei Federal n. 10.257/2001), de que os Planos Diretores devem ser revistos a cada 10 anos (artigo 40, § 3º⁶⁸).

Seja para corrigir erros de interpretação do passado, seja em prol da natural e necessária evolução, a atividade legislativa suplica liberdade daqueles escolhidos pelo povo para orientá-lo através da confecção de regras legais e assegurar o funcionamento estatal, denotando a importância da adequada aplicação do princípio ora debatido.

De mais a mais, outra reflexão bastante importante a ser feita quando se está a vislumbrar as nefastas pragmáticas consequências oriundas de eventual consolidação pela jurisprudência pátria do princípio da vedação ao retrocesso ecológico em sua acepção alargada é que os efeitos disso não se limitariam ao já muito preocupante “engessamento legislativo”. A pacificação do entendimento alargado do brocardo inauguraria um panorama de insegurança jurídica sem precedentes em simplesmente qualquer questão afeta ao direito ambiental, como, por exemplo, o licenciamento ambiental.

O licenciamento obedece a preceitos que vêm sendo modificados ao longo do tempo, tanto no que diz respeito à sua procedimentalização, como às normas e parâmetros de regência incidentes na análise da viabilidade e avaliação de impactos ambientais de cada projeto - desde o Plano Diretor local até padrões de emissões atmosféricas e regramento próprio à supressão de vegetação, por exemplo. Tais alterações, necessárias ao aperfeiçoamento do arcabouço, à harmonização de interesses públicos e privados e à adequação das normas à realidade fática, devem levar em conta a rápida evolução científico-tecnológica dos critérios ponderados na análise ambiental e, para tanto, ocorrer de forma eficiente e precisa.

O que ontem se teve por poluente, pode hoje, ante a evolução da ciência, ser revisitado. A área ontem direcionada à ocupação residencial, pode hoje, ante o

⁶⁸ Art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana. (...) § 3º A lei que instituir o plano diretor deverá ser revista, pelo menos, a cada dez anos.

desenvolvimento da cidade, ser considerada melhor adaptada à recepção de indústrias de grande porte. O tempo, em cujo decorrer as relações humanas e descobertas da ciência aportam mudanças e carências muitas vezes inimagináveis no contexto anterior, não pode ser desconsiderado na área ambiental e urbanística.

Exemplo disso é a já referida previsão constante do Estatuto das Cidades (Lei n. 10.257/2001), cujo art. 40, §3º, determina que o Plano Diretor, instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana, deve ser revisto, pelo menos, a cada dez anos. Em dez anos, toda uma realidade urbana - pulsante e viva, como deve ser -, é alterada, exigindo a continuidade de seu crescimento ordenado a reavaliação dos critérios antes tidos por adequados, mas agora ultrapassados. À míngua de normas ajustadas a um tempo, desenvolve-se a população em meio ao descumprimento daquelas impostas sem legitimidade, culminando nos já conhecidos processos de ocupação clandestina, poluição, erosão e favelização das grandes cidades. Em meio ao caos, vige a destruição do meio ambiente e a impunidade daqueles que dela se favorecem.

Criar-se muros e gargalos à evolução, ao desenvolvimento e ao primordial espírito crítico - ora, que nunca se perca a faculdade de contestar o ora estabelecido e superar paradigmas -, além de não proporcionar maior proteção ambiental, desestimula investimentos e a geração de renda, emprego e conhecimento destes decorrentes. A alargada aplicação do princípio objeto de estudo, despida do bom senso fundamental a qualquer aplicação do direito, ganha contornos nefastos ao se examinar sua incidência no curso de licenciamentos dirigidos por normas que, muito embora sabidas vigentes, são desconsideradas ou refutadas no âmbito judicial porquanto supostamente menos protetivas ao bem ambiental, tomando por base regramentos anteriores alicerçados em contextos já superados.

Diante do exposto, de fato entende-se que há muitos problemas e incongruências atinentes e decorrentes da aplicação do princípio da vedação ao retrocesso ecológico em sua acepção alargada. Por isso, conclui-se que, sob pena de todas as negativas consequências acima suscitadas efetivamente ocorrerem e/ou se agravarem, a acepção alargada do brocardo não deve prosperar no Brasil.

2.4 FUNDAMENTOS DE UMA RAZOÁVEL E ADEQUADA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL NO DIREITO BRASILEIRO: ACEPÇÃO PONDERADA

Após discorrer sobre como é interpretada e aplicada a aqui chamada de acepção alargada do princípio da proibição do retrocesso ambiental, iniciar-se-á o tratamento da que aqui denominada de acepção *ponderada* do princípio.

É importante rememorar que o mote deste trabalho não é sustentar a inexistência do brocardo, nem negar sua aplicação no direito brasileiro. O que se defende é que o preceito deve ser interpretado e aplicado de forma ponderada, em casos em que realmente seu uso seja pertinente.

Pode-se afirmar seguramente que o princípio da proibição do retrocesso ambiental não está explícito em nosso texto constitucional. De todo modo, não se discorda de seu caráter implícito na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e nos diplomas internacionais citados no início deste Capítulo II e de sua inegável relevância como norteador da hermenêutica jurídico-ambiental.

É preciso, porém, compreender o princípio aqui analisado como integrante de um macro ordenamento jurídico, que vai além, inclusive, do direito ambiental, como no caso de conflito e necessidade de ponderação entre direitos fundamentais (direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado em conflito com o direito à moradia, por exemplo). Pode-se conceber o brocardo da vedação ao retrocesso, inclusive, como um dos balizadores do desenvolvimento sustentável, objetivo insculpido na Lei da Política Nacional de Meio Ambiente (Lei Federal n. 6.938/1981).

Por isso, entende-se que o princípio deve ser aplicado somente se a revogação/alteração legislativa aviltar o núcleo essencial do direito tutelado. Ou seja, quando há uma modificação legislativa relacionada ao meio ambiente, o que se há de se fazer não é traçar o completo histórico daquela norma e selecionar a - ao entender do intérprete - mais protetiva e fazê-la valer no caso concreto, ignorando por completo o princípio democrático e as atribuições do Poder Legislativo. Em verdade, o que deve ser feito é aplicar o princípio de forma ponderada e verificar se houve efetivo ataque ao núcleo essencial do direito tutelado. Caso haja, não haverá inconstitucionalidade somente por conta do princípio, mas por verdadeira incongruência em relação ao direito fundamental e constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Além disso, de acordo com a interpretação ponderada do princípio que aqui se propõe e sustenta, quando estabelecido novo(s) regramento(s) equivalente(s), isto é, que continuem tutelando de maneira substitutiva e adequada o direito fundamental previsto no artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, não há que se falar em inconstitucionalidade da revogação/alteração legislativa.

José Joaquim Gomes Canotilho⁶⁹ defende a inconstitucionalidade da norma que revoga um direito já realizado “*sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios*”. Nessa mesma linha são os ensinamentos de Luís Roberto Barroso⁷⁰:

O que a vedação do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, *sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente*. Isto é: a invalidade, por inconstitucionalidade, ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar. *Não se trata, é bom observar, da substituição de uma forma de atingir o fim constitucional por outra, que se entenda mais apropriada. A questão que se põe é a da revogação pura e simples da norma infraconstitucional, pela qual o legislador esvazia o comando constitucional, exatamente como se dispusesse contra ele diretamente*, daí porque as consequências não de ser as mesmas nos dois casos. (grifou-se)

De mais a mais, é preciso ter em mente que a concepção do que efetivamente vem a ser um *retrocesso* é questão delicada.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, conforme já aduzido neste trabalho, na primeira vez que o princípio da vedação ao retrocesso foi mencionado em um julgamento (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2065-0/DF, em fevereiro de 2000), o Ministro Sepúlveda Pertence, em voto vencido, posicionou-se:

Certo, quando, já vigente à Constituição, se editou lei integrativa necessária à plenitude da eficácia, pode subsequentemente o legislador, no âmbito de sua liberdade de conformação, ditar outra disciplina legal igualmente integrativa do preceito constitucional programático ou de eficácia limitada; mas não pode retroceder sem violar a Constituição ao momento anterior de paralisia de sua

⁶⁹ CANOTILHO, J. GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 320-321.

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2008, 379-380.

efetividade pela ausência da complementação legislativa ordinária reclamada para implementação efetiva de uma norma constitucional.

Vale enfatizar a esclarecer o ponto. Ao contrário do que supõem as informações governamentais, com o admitir, em tese, a inconstitucionalidade da regra legal que a revogue, não se pretende emprestar hierarquia constitucional à primeira lei integradora do preceito da Constituição, de eficácia limitada. *Pode, é óbvio, o legislador ordinário substituí-la por outra, de igual função complementadora ele Lei Fundamental; o que não pode é substituir a regulação integradora precedente - pré ou pós-constitucional - pelo retorno ao vazio normativo que faria retroceder a regra incompleta da Constituição à sua quase impotência originária* (grifamos).

Em outras oportunidades, alguns ministros do Supremo Tribunal Federal chegaram a fundamentar suas decisões no princípio da proibição do retrocesso, sobretudo em casos que envolviam matéria de seguridade social e de direitos políticos.

O ministro Celso de Mello já se posicionou nesse mesmo sentido (ARE n. 639337 AgR/SP; RE n. 581352 AgR/AM; ADI n. 3105-8/DF; MS n. 24875-1/DF). Ressaltou que a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à educação e à saúde, por exemplo), impedindo que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado, exceto na hipótese em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.

Não destoam a posição defendida pela ministra Carmen Lúcia no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3104/DF sobre a existência de direito adquirido ao regime jurídico previdenciário, ao ressaltar que houve adaptação dos critérios e não supressão de um direito social (aposentadoria, no caso):

(...) quanto ao princípio da proibição do retrocesso social, que este seria o caso se houvesse *negativa no sistema constitucional brasileiro de ser extinta a possibilidade de aposentadoria*, já que a aposentadoria é um direito social que o constitucionalismo contemporâneo abriga, o que não aconteceu neste caso. Aqui aconteceu uma adaptação dos critérios de transição para o novo modelo previdenciário que se veio a estabelecer. (sem destaques no original)

Em matéria ambiental, o mesmo entendimento é apresentado por Patrick de Araújo Ayala⁷¹:

Ainda que não se admita um princípio autônomo de proibição de regresso nos graus de realização social, e a menos que ele seja admitido como um princípio de proibição geral, pode-se argumentar que há relativo consenso que define como efeito a ser considerado a proibição de uma desconstituição sem um efeito compensatório e a proteção perante iniciativas de desconstituição de níveis de organização ou de realização de direitos fundamentais que não tenham justificativas jusfundamentais suficientes. (grifos acrescidos)

Assim posto, medidas voltadas não a extinguir direitos, mas apenas a adequar políticas conforme os anseios da sociedade, novos modelos, tecnologias supervenientes e parâmetros técnicos aplicáveis à área, não importam em violação ao princípio da vedação ao retrocesso.

Dessarte, a doutrina de modo geral, assim como os julgados do Supremo Tribunal Federal que tratam do princípio da proibição do retrocesso social, são uníssonos ao condicionar sua aplicação aos casos de restrição a um direito fundamental a tal ponto que seja o seu núcleo ou conteúdo essencial afetado, sendo essa a primordial condição de aplicabilidade do princípio em sua aceção ponderada.

A garantia do conteúdo essencial é um dos “*limites dos limites*”, que designa as limitações às possibilidades de restrição dos direitos fundamentais pelo legislador. A definição do que constitui o núcleo essencial somente pode ser determinada de forma separada para cada direito fundamental e constitui uma das questões mais problemáticas da teoria dos direitos fundamentais⁷².

Alexy⁷³ vai mais além. Sustenta que a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais é a consequência da aplicação da máxima da proporcionalidade, “*é aquilo que resta após o sopesamento*”. Ou seja, “*restrições que respeitem a máxima da proporcionalidade não violam a garantia do conteúdo essencial*”. Nesse mesmo sentido se posiciona Virgílio Afonso da Silva:

⁷¹ AYALA, Patrick de Araujo. Direito fundamental ao meio ambiente e a proibição de regresso nos níveis de proteção ambiental na Constituição brasileira. In: *Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental*; Brasília: Senado Federal; Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, 2012, p. 233.

⁷² PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 146-148.

⁷³ ALEXY, Robert. *A Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008 p. 297-298.

Ambos os conceitos - conteúdo essencial e proporcionalidade - guardam uma íntima relação: restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos. É nessa característica que reside o caráter relativo da proteção ao conteúdo essencial. Isso porque a definição desse conteúdo não é baseada simplesmente na intensidade da restrição, ou seja, uma restrição não invade o conteúdo essencial simplesmente por ser uma restrição intensa. À intensidade da restrição são contrapostos os graus de realização e de importância dos outros princípios envolvidos no problema⁷⁴.

Como aduziu o eminente ministro Celso de Mello, ao relatar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.213 MC/DF, é necessário "*promover uma específica análise comparativa entre tal princípio e cada uma das normas ora impugnadas*" (Tribunal Pleno, DJ 23.04.2004, p. 56). No acórdão em debate, aliás, expressamente consignou o douto ministro relator a necessidade de análise da norma impugnada à luz do princípio da proporcionalidade, a fim de evitar excessos por parte do legislador, estes sim efetivamente passíveis de caracterizar retrocessos:

Essa é a razão pela qual a doutrina, após destacar a ampla incidência desse postulado sobre os múltiplos aspectos em que se desenvolve a atuação do Estado estatal de produção normativa inclusive sobre a atividade adverte que o princípio da proporcionalidade, essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder, extraindo a sua justificação dogmática de diversas::i cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula, em sua dimensão substantiva ou material, a garantia do *due process of law* (RAQUEL DENIZE STUMM, "Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro", p. 159/170, 1995, Livraria do Advogado Editora; MANOEL GONÇALVES p. 111/112, FERREIRA item n. FILHO, 14 I 1995 I "Direitos Humanos Fundamentais", Saraiva; PAULO BONAVIDES, "Curso de Direito Constitucional", p. 352/355, item n. 11, 4ª ed., 1993, Malheiros).

Como precedentemente enfatizado, o princípio da proporcionalidade visa a inibir e a neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes, notadamente no desempenho da atividade de caráter legislativo. Dentro dessa perspectiva, o postulado em questão, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, atua como verdadeiro parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.

⁷⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, n. 4, 2006, p. 43.

A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal tem censurado a validade jurídica de atos estatais, que, desconsiderando as limitações que incidem sobre o poder normativo do Estado, veiculam prescrições que ofendem os padrões de razoabilidade e que se revelam destituídas de causa legítima, exteriorizando abusos inaceitáveis e institucionalizando agravos inúteis e nocivos aos direitos das pessoas (ADI 1. O 6 3 /DF, Rel . Min. CELSO DE MELLO - ADI 1.158/AM, Rel. Min. CELSO DE MELLO, V .g.).

Não tenho por consistentes, no entanto, no presente caso, as alegações de violação ao princípio da proporcionalidade, eis que - tal como bem ressaltou o Senhor Presidente da República, nas informações precedentemente reproduzidas *os dispositivos ora impugnados não se revelam arbitrários ou irrazoáveis em suas prescrições, em suas determinações e em suas limitações.* (grifo adicionado)

Finalizando, assim concluiu o eminente ministro Celso de Mello em suas razões pelo indeferimento do pedido de suspensão cautelar de eficácia dos dispositivos atacados:

Há, ainda, Senhor Presidente, uma outra questão a considerar, concernente à alegada "ofensa à proibição constitucional do retrocesso social {fls. 17/22) Sustenta-se, a esse propósito, que {fls. 20):

" a legislação infraconstitucional pode ampliar o conteúdo dos benefícios, em relação à legislação infraconstitucional existente, mas não restringi-las ou limitar a sua concessão.

Portanto, mesmo em se tratando de normas de integração restringível, o legislador ordinário encontra limites para a restrição pois, em se tratando de direitos fundamentais, sua regulamentação deve ser entendida de molde a assegurar o pleno exercício do direito e não a sua supressão, existindo também, o impedimento ao retrocesso em relação à legislação infraconstitucional existente."

Ao contestar tal alegação, pronunciou-se, o Senhor Presidente da República, com razão, no sentido de que "parcela significativa da política em uma democracia centra-se na discussão acerca do que constitui um avanço ou retrocesso social" (fls. 85) . E aduziu que, "por ora, parece legítimo concluir que a violência direta, imediata e contrária às instituições dificilmente pode ser percebida como um avanço social (fls. 85), *não podendo resultar, em consequência, qualquer grau de retrocesso, em tema de conquistas sociais, como efeito das medidas estatais em questão, destinadas a neutralizar, unicamente, comportamentos revestidos de ilicitude.* (destaque inexistente no original)

Não se pode admitir, pois, que, na seara de atuação do legislador, seja aviltado um direito fundamental (como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado) em um

nível tão flagrante, que se alcance patamar de verdadeira ineficácia de comando constitucional que possuía a devida eficácia no âmbito do quadro normativo anterior à modificação legislativa. Da vedação do regresso ao estado de omissão legislativa anterior à adequação de políticas públicas, no entanto, há grande diferença.

Isto é, tendo em vista que todos os incisos do artigo 225, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁷⁵ trazem normas de princípio programático, somente com o adequado delineamento e efetivação empenhadas pelo Poder Público, efetivar-se-á o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado garantido pelo artigo 225, caput, da Constituição da República.

Assim, em matéria ambiental, o que é vedado, aplicando-se o princípio da vedação ao retrocesso ecológico em sua acepção ponderada, é que uma alteração/supressão legislativa tenha o condão de dar tamanha ineficácia a algum(ns) do(s) comando(s) programático(s) insculpido(s) no artigo 225, § 1º, que se considere verdadeiro avilte à asseguuração do direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado garantido pelo *caput*.

Ademais, se a inovação legiferante a priori afetar o núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado só haverá inconstitucionalidade - e descompasso em relação à acepção ponderada do princípio - se o novo regramento não prever medidas e políticas substitutivas e compensatórias às dispostas pela legislação revogada que continuem tutelando satisfatoriamente o direito fundamental garantido pelo artigo 225 da Constituição da República.

Dessa feita, sendo esta a segunda condição de aplicabilidade do brocardo da vedação ao retrocesso ecológico em sua acepção ponderada, só há que se falar em

⁷⁵ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

- I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
- II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
- III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;
- IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;
- V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;
- VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;
- VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

inconstitucionalidade de uma alteração legislativa se ela consistir em verdadeiro vazio legislativo, ou, ainda, no caso das medidas substitutivas serem flagrantemente insuficientes para se tutelar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a todos os cidadãos.

Nesse sentido, a título exemplificativo, imagina-se uma hipotética proposta de alteração legislativa com o objetivo de dar exíguos e peremptórios prazos para os órgãos ambientais licenciadores decidirem por conceder ou não licenças ambientais a projetos potencialmente poluidores, sob pena de o licenciamento ocorrer de forma “tácita”, obtendo o empreendedor automática licença em caso de extrapolo do prazo legal por parte do órgão licenciador.

Essa hipotética alteração legislativa não traria um vazio legislativo no que tange ao licenciamento ambiental (objeto específico do comando programático do artigo 225, § 1º, inciso IV, da Constituição da República), mas seria inconstitucional e violaria o princípio da proibição do retrocesso em sua acepção ponderada porque: (i) representaria avilte ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, por deixar todos os cidadãos à mercê de eventual implantação de empreendimentos potencialmente poluidores sem o devido estudo e licenciamento por parte dos órgãos ambientais, preenchendo assim a primeira condição de aplicabilidade do princípio da proibição do retrocesso; (ii) apesar de não configurar vazio legislativo por continuar disciplinando o instituto do licenciamento ambiental de algum modo, certamente não consistiria em medida compensatória e substitutiva adequada para continuar tutelando de forma satisfatória o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, de modo a caracterizar também a segunda condição de aplicabilidade do brocardo.

No que tange à jurisprudência, é de se destacar que alguns julgados parecem se inclinar ao entendimento aqui defendido como a acepção ponderada do princípio (sem, por óbvio, utilizar o cognato “ponderada” com tal fito, pois consistente em abordagem inaugurada por este trabalho).

O egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por exemplo, exarou acórdão que bastante se amoldou à orientação aqui defendida como ponderada do princípio da proibição do retrocesso ambiental. Ademais, o julgado em comento é dotado de ainda maior relevância porque teve o condão de reformar sentença que claramente se inclinava à acepção do brocardo ora tratada como alargada.

A controvérsia remonta Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal com o objetivo de obstar a implantação de empreendimento hoteleiro no município de Governador Celso Ramos/SC. O primordial argumento do *Parquet* Federal nesse caso

consistia no fato de o projeto estar situado em região geograficamente caracterizada como “promontório”.

A saber, o Código Estadual do Meio Ambiente de Santa Catarina (Lei n. 14.675/2009), em seu artigo 28, inciso XL, conceitua promontório como:

XL - promontório ou pontão: maciço costeiro individualizado, saliente e alto, florestado ou não, de natureza cristalina ou sedimentar, que compõe a paisagem litorânea do continente ou de ilha, em geral contido em pontas com afloramentos rochosos escarpados que avançam mar adentro, cujo comprimento seja maior que a largura paralela à costa;

No entender do Ministério Público Federal (e da magistrada que julgou o caso em primeira instância), a configuração de promontório na região projetada para implantação do empreendimento hoteleiro seria um imponderável óbice à efetivação do projeto porque, se interpretado o panorama legislativo aplicável ao caso em consonância com o princípio da proibição do retrocesso ambiental, deveria ser reconhecido o patamar de Área de Preservação Permanente do promontório, e, assim, seu caráter não edificável (*non aedificandi*).

As normativas em vigor, seja em âmbito federal, estadual ou municipal, não categorizavam promontório como de preservação permanente, e, assim, não obstavam a implantação do empreendimento naquela localidade. Entretanto, regramentos já revogados contemplavam textos que seriam em tese mais benéficos ao meio ambiente, como o Decreto Estadual n. 14.250/1980 (considerava promontórios como áreas de proteção especial) e, especialmente, os dispositivos do Plano Diretor municipal (Lei Complementar n. 389/1996), revogados pela Lei Municipal n. 626/1998, que expressamente incluíam os promontórios dentre o rol de Áreas de Preservação Permanente (tendo a nova legislação, de 1998, classificado o acidente geológico como Área de Proteção Especial).

Em que pese os diplomas em vigor à época do julgamento não obstaculizarem a implantação do empreendimento hoteleiro, a magistrada do caso entendeu que o panorama legislativo posto seria fulminado por retrocesso ambiental, já que a legislação revogada (notadamente o Plano Diretor, que trazia a inclusão dos promontórios dentre o rol de Áreas de Preservação Permanente) trazia proteção consideravelmente mais adequada à matéria. Assim, a juíza fez valer no caso concreto o texto originário do Plano Diretor municipal, descartando-se as consideradas retrógradas alterações trazidas pela Lei Municipal n. 626/1998.

Submetido o caso ao crivo do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, verificou-se, após análise do princípio e de seu espectro de aplicação, que o fato dos promontórios não mais se caracterizarem como Áreas de Preservação Permanente à nova legislação ambiental municipal não configura retrocesso ambiental, permitindo a construção nos moldes almejados e autorizados pelo órgão licenciador, certo de que:

Num ambiente em que as relações e processos se apresentam multifacetados, complexos e marcados por certa volatilidade - a propósito inerente à evolução - , o congelamento de marcos deve ser feito com cautela, pois o que hoje se considera protetivo ao interesse tutelado pela norma, amanhã poderá assim não mais ser reputado, mesmo porque os conceitos se alteram e a proteção em uma visão holística pode até acarretar, se estritamente necessário, inclusive em matéria ambiental, impacto, e até sacrifício, de parcelas do todo. Assim, é de se entender que a vedação a retrocesso tem o sentido de vedar a revogação de norma protetiva de direitos fundamentais sem que norma substitutiva seja editada de forma a garantir proteção ao núcleo deste direito. (TRF4, AC n. 5011059-30.2010.4.04.7200, Relator Desembargador Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira, julgado em 30 de maio de 2017).

Desse modo, entendeu o Tribunal que a alteração legislativa promovida pelo município de Governador Celso Ramos não aviltou o núcleo essencial do direito tutelado, bem como a matéria passou a ser tratada de forma diferente, porém adequada, pelo regramento local, já que a Lei Municipal n. 626/1998 classificou os promontórios como Áreas de Proteção Especial.

Enfim, o externado pela egrégia Corte da 4ª Região se amolda com perfeição, pois, ao aqui defendido como a acepção *ponderada* de aplicação e interpretação do princípio da proibição do retrocesso ambiental, permitindo que a salvaguarda do direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações seja efetivada em consonância para com a razoabilidade, a proporcionalidade e a garantia de desenvolvimento sustentável para uma sociedade em constante e sadia evolução.

De mais a mais, por certo, vedar toda e qualquer alteração legislativa que, à primeira vista, indique disposição menos restritiva em matéria de direitos sociais ou meio ambiente, significa obstar o desenvolvimento natural das sociedades, desfigurando o real intuito perquirido com a defesa do princípio da proibição do retrocesso.

A garantia inscrita ao brocardo visa, de fato, a assegurar a proibição de insuficiência na prestação e efetividade dos direitos fundamentais, com base em análise macro da situação e

dos inúmeros conflitos que despontam no implementar de leis federais, notadamente daquelas com significativo impacto nas relações de moradia, propriedade, desenvolvimento e preservação da dignidade humana. Enfim, substituir e adequar nada mais é do que acompanhar o curso da sociedade, cuja conformação e estanqueidade não podem ser obrigadas em diplomas legais, sob pena de condená-los ao desuso e desrespeito.

Limitar as alterações legais ao tido por “melhor” para o meio ambiente, além de esbarrar na discussão acerca de quem seria competente para julgar se determinada mudança é, de fato, ruim em um cenário macro, engessa questões necessariamente marcadas pela dinamicidade e, levado ao ponto do afastamento de diplomas no caso concreto anos após sua edição, acomete de inconcebível insegurança jurídica toda a já burocrática e conturbada relação entre Administração e administrados no Brasil.

Com efeito, somente a liberdade legislativa, respeitosa à Constituição, pode gerar uma visão correta de avanço em matéria de direitos sociais, trabalhistas e ambientais, notadamente em ordenamento adotante do regime capitalista, assegurando o livre exercício de qualquer atividade econômica.

3 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL E A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL

Assim, traçada no Capítulo I a digressão histórica do princípio da proibição do retrocesso, desde sua égide atinente aos direitos sociais até sua consagração no direito ambiental, e abordadas no Capítulo II as acepções *alargada* e *ponderada* do brocardo, passe-se agora à análise da (in)constitucionalidade do Novo Código Florestal (Lei Federal n. 12.651/2012).

Conforme já mencionado em algumas oportunidades neste trabalho, a (in)constitucionalidade da Codificação Florestal pátria está em pauta no Supremo Tribunal Federal no bojo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 4901, 4902, 4903 (manejaadas pelo Ministério Público Federal), 4937 (proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade) e Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 42 formulada pelo Partido Progressista.

De início, destaca-se que, à data da conclusão deste trabalho, em que pese o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade ainda estar longe de chegar ao final, em sessão de julgamento no dia

08/11/2017 o Ministro Relator Luiz Fux procedeu a leitura de seu voto, tendo logo após a Ministra Cármen Lúcia pedido vista antecipada dos autos.

Dessa feita, a explanação do Relator e os artigos por ele considerados constitucionais e inconstitucionais também serão abordadas neste Capítulo. Porém, levando em conta que o voto do Ministro Fux não necessariamente corresponderá ao resultado final do julgamento e também por uma questão de melhor estruturação do texto, os breves comentários acerca do juízo do Relator serão tratadas tão somente ao final deste Capítulo, em tópico discriminado.

De mais a mais, explicita-se abaixo o específico escopo das referidas ADIs:

- a) ADI n. 4901: Defende a inconstitucionalidade do art. 12, § 4º, § 5º, § 6º, § 7º e § 8º; art. 13º, § 1º; art. 15; art. 48, § 2º; art. 66, § 3º, § 5º, II, III e IV e § 6º e 68, da Lei 12.651/2012, que instituiu o Novo Código Florestal. Além disso, pleiteia que a interpretação do art. 28 da mesma norma se dê em conformidade para com o disposto pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
- b) ADI n. 4902: Aventa a inconstitucionalidade do § 3º do art. 7º; do § 4º e § 5º do art. 59 e dos arts. 60, 61-A, 61-B, 61-C, 63, 67 e 78-A do Novo Código.
- c) ADI n. 4903: Sugere a afronta à Constituição federal de 1988 por parte dos arts. 3º, VIII, alínea “b”, IX, XVII, XIX e parágrafo único; 4º, III, IV, § 1º, § 4º, § 5º, § 6º; 5º, 8º, § 2º; 11 e 62, todos da Lei n. 12.651/2012.
- d) ADI n. 4937: Explana o PSOL a respeito dos vícios de constitucionalidade do art. 3º, VIII, “b”, art. 7º, § 3º; art. 13º, § 1º; art. 44; art. 48, § 2º; art. 59 § 2º, § 4º e § 5º, 60, 61-A, 61-B, 61-C, 63, da Lei 12.651/2012.

Em síntese, as ações centram-se, dentre outros aspectos, em suposta inconstitucionalidade: i) do conceito de utilidade pública insculpido no art. 3º do Código; ii) das modificações relativas às hipóteses de ocorrência e de intervenção em Áreas de Preservação Permanente (APPs); iii) das opções político-legislativas de estímulo à regularização ambiental de propriedades rurais, com reflexo em institutos como Programa de Regularização Ambiental (PRA), Reserva Legal (RL), e Cota de Reserva Ambiental (CRA); iv) das possibilidades trazidas pela nova Codificação no que tange à regularização por parte de proprietários ou possuidores que praticaram certas infrações ambientais até 22 de julho de 2008.

Sob esse prisma, além de outros fundamentos, o central argumento manejado pelos autores das ações diretas para sustentar que os dispositivos objurgados seriam acometidos de inconstitucionalidade seria o fato de eles “*diminuírem o padrão de proteção ambiental*”

garantido pelas normas revogadas (Antigo Código Florestal, Lei Federal n. 4.771/1965), em violação ao princípio da vedação do retrocesso.

Assim, ao fundamentar remédios de controle concentrado de constitucionalidade especialmente na força normativa do brocardo da vedação ao retrocesso ecológico, é certo que os autores, muito mais do que *filtrar* a constitucionalidade com base no que dispõe o próprio texto da Magna Carta, averiguam a (in)constitucionalidade do Código Florestal apenas com base em mera contraposição entre a Codificação em vigor (Lei n. 12.651/2012) e a por ela revogada (Lei n. 4.771/1965).

Desse modo, antes de se adentrar propriamente no mérito das referidas ações de controle de constitucionalidade, é merecedora de críticas, ao nosso sentir, a maneira como foram entabuladas as afirmações quanto à inconstitucionalidade da novel Codificação Florestal. Certo é que é bastante problemático vislumbrar afronta ao texto constitucional com base na “proibição do retrocesso” como fizeram os autores das ações diretas em comento.

Aliás, se procedentes as ações diretas com base nos argumentos aduzidos pelos proponentes, poder-se-á afirmar que a acepção alargada do princípio prevaleceu no Brasil. Conforme demonstrado no Capítulo II deste trabalho, a interpretação alargada do brocardo culmina justamente com a possibilidade de se controlar constitucionalidade com base em subjetiva análise do que é retrocesso ou avanço em matéria de supressões/alterações legislativas.

Conforme também já exposto no Capítulo antecedente, o princípio por si só não pode ter o condão de evocar inconstitucionalidade de normas. O que se admite, contudo, é que o brocardo seja utilizado como norteador da hermenêutica jurídica-ambiental para perquirir a inconstitucionalidade de normas que, mais que uma consideração subjetiva de retrocesso, causem tamanha inefetividade de direito ou comando constitucional, que acarretem em avilte ao seu núcleo essencial.

Dessa feita, no julgamento da (in)constitucionalidade da Lei Federal n. 12.651/2012 o que há de se proceder é a análise dos dispositivos supostamente inconstitucionais diante das garantias asseguradas estritamente pelo texto constitucional, como a de um “*meio ambiente ecologicamente equilibrado*” (art. 225), a do alcance da função social da propriedade mediante o “*aproveitamento racional e adequado*” e a da “*utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente*” (art. 186, I e II). Mais uma vez, pedindo vênias ao leitor pela obviedade, um cotejo de (in)constitucionalidade só pode ser feito mediante rigorosa análise dos ditames da própria Magna Carta.

Dessarte, entende-se que a forma como está disposto o princípio da vedação do retrocesso nas alegações dos autores das Ações Diretas de Inconstitucionalidade vai de encontro à sua adequada e razoável aplicação, que, conforme exposto neste trabalho, consistiria naquela em consonância com a acepção ponderada do brocardo.

Portanto, além das críticas já referidas quanto à equivocada e perniciosa tentativa de controlar constitucionalidade com base em um princípio implícito no ordenamento, considera-se que o Novo Código Florestal não viola o princípio em sua acepção ponderada, não havendo então subsídios para se declarar a inconstitucionalidade de seus dispositivos.

Conforme sustentado no Capítulo anterior, para que uma supressão/modificação legislativa seja declarada inconstitucional com base na Constituição - e por direta baliza hermenêutica do princípio da proibição do retrocesso - é necessário que: (i) a inovação legiferante avilte o núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e/ou acarrete em panorama de ineficiência inexistente no quadro legislativo anterior - em que se havia eficiência - no que tange aos comandos programáticos insculpidos nos sete incisos do § 1º do art. 225 da Constituição da República; (ii) se configurada a situação descrita na proposição (i) acima exposta, ainda assim só haverá inconstitucionalidade se o legislador não trazer na inovação legislativa adequadas medidas substitutivas e compensatórias às revogadas.

Em resumo, aplicando-se o brocardo de forma ponderada, haverá inconstitucionalidade se - e somente se - a inovação legislativa trazer consigo um vazio normativo que tomará lugar de normas que eram *conditio sine qua non* à garantia fundamental ao “*meio ambiente ecologicamente equilibrado*”. A referida *conditio sine qua non* pode ser configurada mediante cotejo direto e imediato ao texto do próprio *caput* do artigo 225, ou se constatada que o novel vazio legislativo tem o condão de acarretar ineficiência - antes inexistente - de um dos comandos programáticos dos incisos do § 1º do artigo 225, o que, além de um retrocesso, significaria um retorno a um quadro de omissão constitucional.

Entende-se que as referidas condições de aplicabilidade do brocardo em sua acepção ponderada não estão presentes em relação ao Novo Código Florestal.

Assim, a maneira como é evocado o princípio da proibição do retrocesso no bojo das ações diretas em comento evidencia, pragmaticamente, uma insatisfação subjetiva dos autores quanto ao novo texto legal, que supostamente representaria um retrocesso em matéria de preservação do meio ambiente.

É de se destacar que o Código Florestal instituído pela Lei Federal n. 12.651/2012 foi legitimamente aprovado pelo Poder Legislativo, após anos de tramitação e profundos debates

dentro e fora do Congresso Nacional, incluindo a realização de diversas Audiências Públicas. A forma como os autores das Ações Diretas de Inconstitucionalidade manejam o princípio da vedação do retrocesso ecológico ignora por completo a necessária separação dos poderes e a consequente autonomia - ainda que por certo não irrestrita - do Poder Legislativo, uma vez que classifica como constitucional o que subjetivamente entendem como “não retrocesso” e como inconstitucional aquilo compreendido como “retrocesso”.

Diante do exposto, passa-se a demonstrar especificamente as razões que, ao nosso entender, justificam a harmonia entre o princípio da proibição do retrocesso ambiental - em sua acepção ponderada - e o Novo Código Florestal. Ressalta-se que a análise será balizada na Lei Federal n. 12.651/2012 como um todo, primeiro por entender que o número de dispositivos questionados é bastante grande e isso exigiria um formato de trabalho mais extenso do que este (o voto do Ministro Luiz Fux no bojo das ações diretas, por exemplo, extrapola 100 páginas); segundo por vislumbrar o Novo Código Florestal per se como uma medida política-legislativa que adequadamente substituiu e compensou o Código Florestal de 1965.

3.1 HARMONIA ENTRE A ACEPÇÃO PONDERADA DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL E O NOVO CÓDIGO FLORESTAL

Entende-se que a harmonia entre a acepção ponderada do princípio da proibição do retrocesso ambiental e a Lei Federal n. 12.651/2012, ao cabo, dá-se essencialmente porque o novo regramento não tem o condão de aviltar os dispositivos do artigo 225 da Constituição da República a ponto de macular seu núcleo essencial.

Todavia, o fato de a novel Codificação Florestal ser adequadamente substitutiva e compensatória em relação à Lei Federal n. 4.771/1965 é de todo relevante para a análise da (in)constitucionalidade do novo regramento.

Assim, este tópico será subdividido em dois segmentos específicos, que abarcam os dois principais - e cabais - sustentáculos da constitucionalidade do Novo Código Florestal.

3.1.1 Novo Código Florestal como mantenedor do núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

Inicialmente, analisando-se o teor dos dispositivos tidos por inconstitucionais pelos autores das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, tem-se que o núcleo essencial ao direito fundamental ao “*meio ambiente ecologicamente equilibrado*” não foi aviltado.

Em verdade, o diploma que entrou em vigor em 2012 trouxe novos instrumentos visando justamente a concretização do direito previsto no artigo 225, *caput*, da Constituição da República de 1988 de uma forma ainda mais eficiente, com o intuito de fomentar a recuperação de áreas atualmente sem vegetação e estimular degradadores a buscar a regularização voluntariamente, através da adoção de contrapartidas em favor da proteção e conservação do meio ambiente.

Considerando-se que, como defendido no Capítulo II deste trabalho, a análise quanto à violação do conteúdo essencial de um direito fundamental deve se dar à luz do princípio da proporcionalidade. Assim, há que se ponderar, por ocasião da avaliação da constitucionalidade do Novo Código Florestal, os outros direitos fundamentais a que esta lei também impõe restrições, como o direito à livre iniciativa, à moradia, à alimentação, à propriedade, à saúde, ao trabalho, ao desenvolvimento econômico, à segurança jurídica, entre outros igualmente resguardados à Constituição Federal de 1988.

O que intentou o legislador, dentro de seu espectro de conformação política, foi uma concatenação mais contemporânea e mais adequada do direito ao meio ambiente em relação aos demais direitos fundamentais. Levou em conta os impactos que o novo regramento acarretará na sociedade, notadamente no que tange aos sacrifícios socioeconômicos que induz e a eficiência de possíveis soluções alternativas (como as insculpidas na lei revogada, que já estavam há bastante tempo em vigor sem alcançar a devida efetividade).

É preciso ter em mente que o Brasil é um país em desenvolvimento, com significativas carências na área social e econômica, que necessitam ser supridas juntamente com a garantia e o zelo ao ambiente ecologicamente equilibrado.

Tratando-se especificamente dos aspectos socioeconômicos se pode falar em desenvolvimento sustentável – já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal como “*fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia*”⁷⁶ –, que é exatamente o objetivo do Novo Código Florestal, conforme explicitado em seu art. 2º.

Certo é que a preservação do núcleo essencial do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a proibição do retrocesso ecológico não pode resultar em uma

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.540-MC*. Relator para o acórdão: Ministro Celso de Mello, Plenário, in DJ 03/02/2006.

proibição do desenvolvimento (ou necessidade de estagnação), que em algum grau depende da utilização dos recursos naturais:

Sob esta perspectiva, não deve ser difícil projetar as dificuldades que um país enfrentaria, especialmente se ainda “em desenvolvimento”, caso optasse por adotar a proibição de retrocesso ambiental no seu grau máximo, como preconizado por parte da doutrina, consoante visto mais cedo. Quer dizer, não é razoável se exigir de nações que ainda devem muito aos seus cidadãos em termos de concretização de direitos fundamentais sociais, notadamente os direitos à moradia, trabalho e renda, em nível compatível com as necessidades básicas do ser humano, que se abstenham de um determinado nível de utilização de recursos naturais, quando estes usos são essenciais ao seu desenvolvimento.

A maior evidência do que estamos tentando demonstrar está justamente nas diferenças, não raro abissais, entre os níveis de atendimento das necessidades básicas dos indivíduos das nações ricas e aqueles dos países “pobres”, “periféricos”, “terceiro-mundistas”. Nas primeiras, o atingimento dos atuais estágios de desenvolvimentos econômico e social se deu à custa da utilização necessária dos recursos naturais, ainda que isto possa ter significado usos exaurientes, para os parâmetros hoje adotados, com reflexos globais. As nações em desenvolvimento, por seu turno, encontram-se premidas pela necessidade de crescimento, mas se veem constrangidas a não retroceder no nível de preservação ambiental, representado por uma condição menos protetiva do meio ambiente⁷⁷.

É de se ressaltar que, como reconhece Michel Prieur⁷⁸, nem mesmo o Conselho Constitucional da França – país de origem da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e um dos mais notáveis garantidores dos direitos sociais, com elevados níveis de desenvolvimento socioeconômico – declarou a inconstitucionalidade de qualquer ato

⁷⁷ GODOY, André Vanoni; WOLKMER, Maria de Fátima. O desafio do desenvolvimento em face da proibição do retrocesso ambiental. In: *Revista Direito e Democracia*. v. 15. n. 2. Canoas: jul./dez. 2014.

⁷⁸ “Na França, apenas uma jurisprudência do Conselho Constitucional, aplicada depois de 1984 a certos direitos fundamentais, poderia conduzir a um princípio de não retrocesso em matéria ambiental. Trata-se da jurisprudência dita “efeito cliquet” [lingueta, trava anti retorno]. A expressão vem dos comentaristas, mas jamais foi utilizada pelo Conselho Constitucional. (...) Em razão da evolução da jurisprudência apenas censurando por vezes os retrocessos do núcleo duro dos direitos em causa, Louis Favoreu falou do “efeito alcachofra”, o que pode parecer mais ecológico, mas resta um vocabulário culinário e não jurista. Também seria preferível que, em matéria ambiental, o efeito alcachofra e o efeito lingueta sejam simplesmente chamados: princípios da não regressão ou não retrocesso. (...) Até o momento nenhuma decisão foi tomada neste sentido em matéria ambiental” (PRIEUR, Michel. O princípio da “não regressão” no coração do direito do homem e do meio ambiente. Tradução: Liton Lanes Pilau Sobrinho e Marcos Vinicius Viana da Silva. Artigo publicado em Ch. Cournil et Cath. Fabregoule ed. *Changements environnementaux globaux et droits de l'homme*, CERAP et Iris, Université Paris 13, 2012. Disponível em < <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/3634/2177> >. Acesso em 23/05/2016).

normativo fazendo referência específica ao princípio da vedação ao retrocesso na área ambiental.

Com muito menos razão, por conseguinte, esse princípio - calcado em sua acepção alargada - deve ser aplicado no Brasil, ainda mais para a declaração de inconstitucionalidade de um regramento que permitiu a regularização e a adoção de novas práticas para o presente e para o futuro, cenário impossível de se imaginar à luz da legislação revogada.

Conclui-se, portanto, que as restrições impostas pelo Novo Código Florestal não são aptas a aviltar o núcleo essencial do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e, por isso, o novo regramento é constitucional.

3.1.2 Inexistência de vazio legislativo: Novo Código Florestal enquanto política substitutiva ou equivalente

De mais a mais, é importante destacar que a novel Codificação Florestal constitui medida político-legislativa editada com vistas a substituir adequadamente o regramento anterior, de modo a tratar o tema de forma mais atual e balizada.

Ao se comparar a Lei n. 12.651/2012 com a revogada Lei n. 4.771/1965 resta evidente que não houve a exclusão de toda e qualquer proteção à flora brasileira, mas apenas a modificação de uma determinada forma de proteção das florestas e demais tipologias de vegetação nativa no país. Assim, é indubitável que o novo regramento aprovou uma política pública substitutiva e compensatória à insculpida no Código Florestal revogado.

Dessa feita, ao nosso sentir, é certo que a edição do Novo Código Florestal não fez surgir um vazio legislativo em relação ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

De todo modo, para se entender a modificação legislativa realizada é imprescindível a compreensão do progresso das normas de proteção e conservação ambiental no Brasil e no mundo, que se fulcra em uma migração gradativa de mecanismos de comando e controle para instrumentos econômicos e outros mecanismos regulatórios, em virtude justamente da baixa ineficiência da isolada utilização dos primeiros.

Em que pese imprescindíveis, os mecanismos de comando e controle se mostraram incapazes de, por si só, atingir os objetivos associados à proteção do meio ambiente. Nesse sentido, o Professor José Rubens Morato Leite atesta “*um déficit de execução quando os*

*Estados, apesar de disporem de aparato normativo ambiental viável, não implementam as suas tarefas de proteção ambiental*⁷⁹.

O mestre Bruno de Andrade Christofoli⁸⁰, com base em lição da Professora Ana Maria Nusdeo⁸¹, constata que:

As críticas dirigidas a esta modalidade regulatória podem ser sintetizadas em três elementos: (a) necessidade de uma intensa fiscalização do cumprimento dos padrões fixados, que enseja elevados custos pelo Poder Público; (b) falta de diferenciação entre agentes econômicos em condições distintas e falta flexibilidade, desestimulando a inovação, bem como reduções de emissões em níveis maiores do que aqueles previstos em lei; e (c) dificuldade de fiscalização do cumprimento das normas.

Os instrumentos econômicos despontaram como uma adicional estratégia de regulação aos mecanismos de comando e controle, objetivando se atribuir mais efetividade às normas jurídicas. Diferente da regulação rígida, que impõe ações, prestações ou omissões os instrumentos econômicos têm como seu atributo principal o caráter indutor de comportamentos desejados pela política que os institui⁸².

A adaptação, que perpassou a transição entre uma fase mais repressiva e uma com ótica mais preventiva e, após, participativa, foi primordial para assegurar progresso na almejada preservação ambiental, aliando-a ao desenvolvimento sustentável.

No Brasil, com a edição de uma nova e mais moderna Codificação Florestal, objeto de amplas discussões nas casas legislativas e vasta participação popular, intentou-se justamente a adaptação, impedindo que, de proposição, passasse logo à *letra morta*, libertando-se do quadro de desrespeito contumaz instaurado à época em que vigia a legislação anterior.

Fruto da adaptação do direito ambiental à contemporaneidade, o Novo Código não tem o condão de suprimir o fundamental direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Pelo contrário, operou-se, no que tange a institutos pontuais, a substituição de políticas públicas e a instituição de novos mecanismos.

⁷⁹ LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 207.

⁸⁰ CHRISTOFOLI, Bruno de Andrade. *Direito das Mudanças Climáticas: Sistema de Comércio de Emissões no Brasil*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, p. 158.

⁸¹ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Pagamentos por Serviços Ambientais: sustentabilidade e disciplina jurídica*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 99.

⁸² NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Pagamentos por Serviços Ambientais: sustentabilidade e disciplina jurídica*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 101.

Ademais, ressalta-se que a Lei n. 12.651/2012 manteve os institutos que consistiam na essência do revogado Código Florestal: a Reserva Legal e a Área de Preservação Permanente (APP). Concernente a estas, aliás, passou a proteger toda a extensão dos manguezais, que não eram assim albergados pela Lei n. 4.771/1965, em evidente defesa ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Ainda, trouxe o instituto do Cadastro Ambiental Rural (CAR), um dos instrumentos mais avançados de integração de informações ambientais das posses e propriedades rurais, consistindo em elogiável base de dados para controle, planejamento, monitoramento ambiental e econômico e combate ao desmatamento. Registra informações sobre a situação das Áreas de Preservação Permanente, das Reservas Legais e Áreas de Uso Restrito. Contempla, ainda, as florestas e remanescentes de vegetação nativa e áreas consolidadas das propriedades e posses rurais do Brasil.

Opera, desse modo, como fiel fotografia do panorama ambiental do Brasil rural, o que permite às autoridades tomar medidas eficientes para fomentar a recuperação dos danos do passado e preservação do presente e futuro, especialmente mediante a adesão ao chamado Programa de Regularização Ambiental (PRA).

A inscrição no Cadastro Ambiental Rural e a recuperação ambiental de passivos ambientais são ainda indispensáveis para propiciar a utilização de instrumentos econômicos de todo vantajosos a proprietários e à preservação do meio ambiente, como, por exemplo, as cotas de reserva ambiental (CRA) e a concepção de programas de pagamentos por serviços ambientais (PSA).

Fomentando a reparação e compensação dos danos havidos à época em que vigorava a legislação anterior, o novo regramento aproxima-se da população e estimula conscientização perene e voluntária.

Dessa feita, o que se vislumbra com a edição da Lei Federal n. 12.651/2012 é uma necessária adequação de políticas públicas, e não um *retrocesso* que culmine em panorama legislativo que traga tamanha ineficiência ao direito fundamental insculpido no artigo 225, *caput*, da Constituição da República de 1988, e/ou aos comandos programáticos dos incisos do § 1º que possa caracterizar omissão constitucional inexistente antes da inovação legislativa em matéria florestal.

A instituição do Novo Código alterou pontualmente institutos, mas manteve incólumes as garantias e formas de proteção ambiental. O diploma não acarretou em um *vazio*. Assim, não podem os dispositivos da novel Codificação Florestal serem tidos por

inconstitucionais por simplesmente intentar concretizar o direito da forma mais eficiente e condizente com a realidade atual.

Portanto, resta claro que o Novo Código Florestal consiste em uma política equivalente, substitutiva, compensatória à Lei n. 4.771/1965, de modo a não existir um vazio legislativo no que concerne à proteção do direito ao meio ambiente no país. Por isso, ao nosso sentir, é plenamente incabível suscitar a inconstitucionalidade da Lei n. 12.651/2012 com fulcro no princípio da proibição do retrocesso ambiental.

3.2 CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO VOTO DO RELATOR MINISTRO LUIZ FUX NO BOJO DO JULGAMENTO DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE EM FACE DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL

Por derradeiro, é pertinente tecer brevíssimos comentários ao voto do ministro Luiz Fux no âmbito do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade em face do Novo Código Florestal. Por certo, uma análise aprofundada fica impossibilitada porque o voto, que, segundo o próprio ministro possui mais de cem laudas, ainda não foi publicizado. Portanto, o exame que se faz abaixo é centrado apenas na exposição oral realizada pelo relator no Plenário do Supremo Tribunal Federal na sessão do dia 08/11/2017.

De início, destaca-se que houve algumas declarações de inconstitucionalidade e muitas de constitucionalidade. Explicitam-se a seguir os que foram os principais entendimentos externados pelo Ministro (divididos em matéria de inconstitucionalidade e constitucionalidade):

INCONSTITUCIONALIDADES

1. A utilidade pública (que é hipótese excepcional de autorização de supressão de vegetação em APP) das atividades de “gestão de resíduos” e “instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais”. (art. 3º, inciso VIII, alínea b);
2. As áreas no entorno das nascentes e dos olhos d’água intermitentes foram também consideradas como APPs. A redação do Código Florestal contempla apenas as áreas no entorno das nascentes e dos olhos d’água perenes. (art. 4º, inciso IV);
3. A vedação à concessão de novas autorizações de supressão de vegetação a quem realizou supressão não autorizada (art. 7º, § 3º), e a suspensão das atividades

em Reserva Legal desmatada irregularmente (art. 17, § 3º), passam a alcançar também situações anteriores ao marco temporal de 22/07/2008 trazido pelo Código. De acordo com o Ministro Luiz Fux, não há justificativa racional para o marco temporal definido pelo legislador. Assim, as restrições previstas no art. 7º, § 3º, e art. 17, § 3º passam a ser aplicáveis independentemente de quando houve o desmatamento;

4. Inconstitucionalidade da implantação dos Programas de Regularização Ambiental (PRAs) (art. 59) e da suspensão da punibilidade dos crimes previstos nos artigos 38, 39 e 48 da Lei dos Crimes Ambientais durante cumprimento do termo de compromisso de regularização ambiental (art. 60);

CONSTITUCIONALIDADES

1. Medição da APP das faixas marginais de cursos d'água desde a borda da calha do leito regular. (art. 3º, inciso XIX; art. 4º, inciso I);

2. Definição pela licença ambiental da faixa considerada APP no entorno dos reservatórios d'água artificiais, decorrentes de barramento ou represamento de cursos d'água naturais se insere na discricionariedade do legislador para definir a metragem, alterar ou até mesmo suprimir espaços territoriais protegidos na forma do art. 225, § 1º, inciso III da Constituição Federal (art. 4º, inciso III);

3. Faixa mínima de 15 metros e máxima de 30 metros para Área de Preservação Permanente no entorno de reservatório d'água artificial destinado à geração de energia ou abastecimento público em área urbana. (art. 5º, caput);

4. Faixa de APP compreendida pela distância entre o nível máximo operativo normal e a cota máxima maximorum para reservatórios artificiais de água destinados a geração de energia ou abastecimento público que foram registrados ou tiveram seus contratos de concessão ou autorização assinados anteriormente à Medida Provisória no 2.166-67, de 24 de agosto de 2001. (art. 62);

5. Autorização da intervenção ou supressão de APPs de restinga e manguezais em locais onde a função ecológica esteja comprometida, para execução de obras habitacionais e de urbanização, inseridas em projetos de regularização fundiária de interesse social, em áreas urbanas consolidadas ocupadas por população de baixa renda. (art. 8º, § 2º);

6. Possibilidade do manejo florestal sustentável e o exercício de atividades agrossilvipastoris em áreas de inclinação entre 25º e 45º (art. 11);

7. Possibilidade de redução da área de Reserva Legal em até 50% quando o Município tiver mais de 50% da área ocupada por unidades de conservação da natureza de domínio público e por terras indígenas homologadas (art. 12, § 4º);

8. Não exigência de Reserva Legal para exploração de potencial de energia hidráulica e implantação e ampliação de rodovias e ferrovias (art. 12, §§ 7º e 8º);

9. Dispensa de promoção de recomposição, compensação ou regeneração de Reserva Legal para os percentuais exigidos no Código nos casos de proprietários ou possuidores de imóveis rurais que realizaram supressão de vegetação nativa respeitando os percentuais de Reserva Legal previstos pela legislação em vigor à época em que ocorreu a supressão. (art. 68);
10. Admissão do cômputo das Áreas de Preservação Permanente no cálculo do percentual da Reserva Legal, nos termos do art. 15;
11. Conversão de vegetação nativa para uso alternativo do solo no imóvel rural que possuir área abandonada (art. 28);
12. Manutenção de permissões relacionadas a áreas rurais consolidadas. (arts. 61-A, 61-B, 61-C, 63 e 67);
13. Constitucionalidade da Cota de Reserva Ambiental (CRA). (art. 44, art. 48, § 2º, art. 66, §§ 5º e 6º);
14. Condicionamento legal de inscrição no CAR para concessão de crédito agrícola, segundo o Relator, é considerado um incentivo para que proprietários forneçam informações de suas propriedades a fim de compor a base de dados para planejamento e controle públicos (art. 78-A).

Quanto às declarações de constitucionalidade, concorda-se com todas, até mesmo porque, conforme externado no decorrer deste Capítulo, entende-se pela constitucionalidade da Lei n. 12.651/2012 como um todo.

No que tange às declarações de inconstitucionalidade, em que pese se discorde aprioristicamente de todas (justamente em virtude do entendimento externado neste Capítulo), é de se admitir que sem o acesso ao teor do voto não há como se fazer um honesto e justo diagnóstico quanto à (im)pertinência.

Portanto, o escopo deste sucinto tópico resume-se aos entendimentos em caráter geral no que concerne à fala do ministro Luiz Fux, especialmente no que tange à (in)aplicação do princípio da proibição do retrocesso social.

Dentre declarações de constitucionalidade e inconstitucionalidade (sendo as primeiras, felizmente, mais numerosas), é digno de nota que muito se notou na fala do ministro Luiz Fux a preocupação a respeito da necessária compatibilização entre a preservação do meio ambiente e o desenvolvimento econômico. Além disso, muito se discorreu sobre o alongado e bastante democrático processo legislativo que culminou com a edição do Novo Código Florestal.

Quanto ao princípio da proibição do retrocesso ambiental, basilar fundamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, o ministro relator chegou a afirmar que o brocardo

não pode se sobrepor ao princípio democrático. Destaca-se que as palavras do relator foram também no sentido de exaltar a separação de poderes, de a modo a bem discriminar as distintas funções do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.

Em que pese somente com o deslinde do julgamento se saberá o entendimento final do Supremo Tribunal Federal a respeito do princípio da vedação ao retrocesso, a posição externada pelo Ministro Luiz Fux, ao menos em sua fala no dia 08/11/2017, mostrou-se prudente e equilibrada, o que dá esperanças de que o engessamento do nosso Poder Legislativo em razão de um princípio não irá ocorrer. Aliás, é sintomático o fato de que dispositivos como os artigos 62 e 67, já declarados inconstitucionais pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais com base em argumentos que perpassam o princípio da proibição do retrocesso, foram considerados constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, embora o desfecho do julgamento ainda estar distante e algumas declarações de inconstitucionalidade sejam aprioristicamente questionáveis, o voto apresentado no dia 08/11/2017, bem como diversas falas do Ministro, dão esperanças de mais segurança jurídica, mais compatibilização entre preservação ambiental e desenvolvimento econômico, e, principalmente, menos medo de se perder a tão necessária “liberdade de legislar”.

Portanto, levando-se em conta o atual panorama do julgamento do Supremo Tribunal Federal, Suprema Corte parece se inclinar à aplicação do brocardo em sua acepção ponderada, afastando os aqui suscitados *alargamentos* de interpretação e aplicação do princípio da vedação ao retrocesso ecológico.

CONCLUSÃO

Este estudo, que intentou levar em consideração os doutrinadores mais relevantes que abordam o tema, julgados paradigmáticos que enfrentam a questão, bem como os atos normativos dotados de importância à matéria, enfrentou especialmente o seguinte problema *“Quais são as correntes interpretativas acerca do princípio da proibição do retrocesso ambiental no ordenamento brasileiro?”*.

No Capítulo I, em que se fez digressão histórica contemplando desde a égide do princípio enquanto proibitivo do retrocesso social até sua consagração no direito ambiental, buscou-se tratar dos mais balizados entendimentos doutrinários acerca do princípio da proibição do retrocesso social, que são de todo aplicáveis para a concepção do brocardo em matéria ambiental.

Assim, desde o Capítulo I, intentou-se firmar, com base em lições de teóricos como o italiano Giorgio Balladore Pallieri, as corretas condições de aplicabilidade do princípio da proibição do retrocesso.

Já no Capítulo II, abordou-se propriamente o princípio da vedação ao retrocesso ecológico. Nesse sentido, propôs-se a sistematização dos entendimentos acerca do brocardo nas duas identificadas correntes preponderantes a respeito da aplicação do princípio no direito brasileiro, batizadas de acepção *alargada* e acepção *ponderada*.

Como *alargada*, entendeu-se aquela interpretação do princípio que a ele confere aplicabilidade sempre que houver uma alteração/supressão legislativa que em tese diminua o grau de proteção ao meio ambiente já garantido pela legislação em vigor.

Enquanto interpretação *ponderada*, entendeu-se aquela que admite a aplicação do princípio somente se a supressão/alteração legislativa afetar o núcleo essencial do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no artigo 225 da Constituição da República, de modo a criar verdadeiro vazio legislativo atinente à matéria que anteriormente à supressão/alteração legiferante era adequadamente tutelada pelo regramento aplicável.

Assim, após expostos os fundamentos imputados às acepções *alargada* e *ponderada* do princípio, concluiu-se que a chamada acepção *ponderada* do brocardo consiste em adequada e razoável interpretação e aplicação do mesmo.

Em outro espectro, concluiu-se também que a acepção *alargada* do princípio, além de fundada em premissas equivocadas, pragmaticamente acarreta vários problemas, como a possibilidade de controle de constitucionalidade com base em atos normativos infraconstitucionais e o “engessamento” do Poder Legislativo, que estaria adstrito a alterar a

legislação somente se atendesse subjetivo conceito do que é “retrocesso” ou “avanço” do ponto de vista ambiental.

Desse modo, confirmou-se a hipótese da existência de duas preponderantes correntes a respeito da aplicação do princípio da proibição do retrocesso ambiental no direito brasileiro, sendo que uma inadmite qualquer alteração menos protetiva da legislação ambiental (batizada de alargada) e outra avalia se, no caso concreto, o núcleo do direito objeto de proteção ainda merece tratamento adequado pela legislação superveniente (nomeada de ponderada).

Enfim, no Capítulo III, discorreu-se a respeito da (in)constitucionalidade do Novo Código Florestal (Lei n. 12.651/2012), chegando-se à conclusão, com base no fato que o regramento não viola o princípio da proibição do retrocesso ambiental em sua acepção ponderada, que a nova Codificação Florestal pátria é constitucional.

Por derradeiro, tratou-se brevemente do corrente julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 4901, 4902, 4903, 4937 e Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 42 no âmbito Supremo Tribunal Federal, tendo-se concluído que até o momento a Corte Suprema parece afastar a acepção alargada do brocardo, amoldando-se então a entendimento harmônico à acepção ponderada do brocardo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *A Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAGÃO, Alexandra. Direito Constitucional do Ambiente da União Europeia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (Org.) *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

AYALA, Patrick de Araujo. Direito fundamental ao meio ambiente e a proibição de regresso nos níveis de proteção ambiental na Constituição brasileira. In: *Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental*; Brasília: Senado Federal; Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2008, 379-380.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BENJAMIN, Antonio Herman. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: *Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental*. Brasília: Senado Federal; Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2065-0/DF*. Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375320>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.543/DF*, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 06 nov. 2013, publicado em 13 out. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Acórdão mandado de segurança n. 2014.0001.002061-7. Relator: Des. José Ribamar Oliveira. Disponível em: <http://www.tjpi.jus.br/download/100000000804616_100014425864792_1.pdf>. Acesso em 11 out. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

_____, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

_____, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 1986.

_____, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004.

CHRISTOFOLI, Bruno de Andrade. *Direito das Mudanças Climáticas: Sistema de Comércio de Emissões no Brasil*. Lumen Juris: Rio de Janeiro.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Direito Ambiental de conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais*. Tese - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012.

DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. *A fundamentabilidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social*. Florianópolis: Conceito, 2009.

GARCIA, Sérgio Renato Tejada. O princípio da vedação de retrocesso na jurisprudência pátria - análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Regionais Federais e da Turma Nacional de Uniformização. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 36, jun. 2010. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao036/sergio_tejada.html> Acesso em: 11 out. 2017.

GODOY, André Vanoni; WOLKMER, Maria de Fátima. O desafio do desenvolvimento em face da proibição do retrocesso ambiental. In: *Revista Direito e Democracia*. v. 15. n. 2. Canoas: jul./dez. 2014.

LEITE, José Rubens Morato. *Manual de Direito Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito Ambiental: proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Pagamentos por Serviços Ambientais: sustentabilidade e disciplina jurídica*. São Paulo: Atlas, 2012.

PALLIERI, Giorgio Pallieri. *Diritto Costituzionale*. 7. edição. Milano: Dott. A. Giuffrè - Editore, 1963.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n. 39/84. *Acórdãos do Tribunal Constitucional*. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 3. volume, 1984, p. 95-131.

PRIEUR, Michel. O princípio da “não regressão” no coração do direito do homem e do meio ambiente. Tradução: Liton Lanes Pilau Sobrinho e Marcos Vinicius Viana da Silva. In: Ch. Cournil et Cath. Fabregoule ed. *Changements environnementaux globaux et droits de l'homme*, CERAP et Iris, Université Paris 13, 2012. Disponível em <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/3634/2177>. Acesso em: 06 ago. 2017.

SAES, Marcos André Bruxel. Princípio da proibição ao retrocesso não cabe na área ambiental. *Consultor Jurídico*, 2016. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-jul-02/marcos-saes-principio-proibicao-retrocesso-area-ambiental> >. Acesso em: 16 out. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. In ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (org.). *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. In *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, vol. V - *Direito Constitucional*: 131-150. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2000.

_____, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental: estudos sobre a Constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (socio) ambiental. In: *Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental*. Brasília: Senado Federal; Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, n. 4, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____, Lenio Luiz. O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. *Consultor Jurídico*, 2012. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto> >. Acesso em: 16 out. 2017.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 14. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

THOMÉ, Romeu. *O Princípio da Vedação de Retrocesso Socioambiental no contexto da sociedade de risco*. Salvador: JusPodivm, 2014.



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO
CAMPUS UNIVERSITÁRIO REITOR JOÃO DAVID FERREIRA LIMA - TRINDADE
CEP: 88040-900 - FLORIANÓPOLIS - SC
TELEFONE (048) 3721-9292 - FAX (048) 3721-9815
E-mail: ccgd@ccj.ufsc.br

TERMO DE APROVAÇÃO DE TCC

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado
PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL: DA INTERPRETAÇÃO
ALARGADA À APLICAÇÃO PONDERADA
_____, elaborado pelo(a)
acadêmico(a) NELSON JONON NETO defendido nesta data e aprovado pela
Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota
10 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10
da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa
Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 04 / 12 /2017.

(orientador)

(coorientador)

(membro)

(membro)



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO
CAMPUS UNIVERSITÁRIO REITOR JOÃO DAVID FERREIRA LIMA - TRINDADE
CEP: 88040-900 - FLORIANÓPOLIS - SC
TELEFONE (048) 3721-9292 - FAX (048) 3721-9815
E-mail: ccgd@ccj.ufsc.br

**TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA**

Aluno (a): NELSON TONON NETO

RG: S.335.713

CPF: 092.238.208-36

Matrícula: 13100132

Título do TCC: PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL : DA
INTERPRETAÇÃO ALARGADA À APLICAÇÃO PONDERADA

Orientador (a): PEDRO DE MENEZES NIEBUHR

Eu, NELSON TONON NETO

acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, SC, 13 de DEZEMBRO de 2017.

Nelson Tonon Neto
(nome do aluno)